



كتاب
الموجز
في الفقه الإسلامي لمفارق
الجنح الثاني

وهو خلاصة وافية للمحاضرات التي أقيمت في الفصل الدراسي الثاني
على طلبة السنة الثالثة في كلية الشريعة

بقلم

و

محمد عبد اللطيف شافعي
المدرس في الكلية

عبد السميع أحمد إمام
الأستاذ المساعد في الكلية

الطبعة الأولى

حقوق الطبع محفوظة

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ، والصلاة
والسلام على سيدنا محمد رسول الله وعلى آله وصحبه وتابعيه ، ورضى الله
تعالى عن أئمتنا المجتهدين

وبعد

فهذا هو مقرر الفصل الدرامى الثانى فى الفقه الإسلامى المقارن ، حسب
المنهاج الموضوع لطلبة السنة الثالثة فى كلية الشريعة والله نسأل أن يعصمنا
من الزلل وأن ينفع به أنه سميع مجيب

المؤلفان

الباب الأول

في الصلاة : وفيه خمسة مباحث

أولها : قصر الصلاة في السفر ، ثانيها الجمع بين الصلاتين ، ثالثها العدد الذي تنعقد به الجمعة ، رابعها : تعدد الجمعة في البلد الواحد ، خامسها : اجتماع عيد وجمعة في يوم واحد . وسند كرها على هذا الترتيب فنقول :

المبحث الأول : قصر الصلاة في السفر

اتفق العلماء على أن صلاتي الصبح والمغرب لا تقصران كما اختلفوا على أن قصر الصلاة الرباعية مشروع في السفر . ثم اختلفوا بعد ذلك في حكم هذا القصر ويمكن إرجاع الخلاف في هذه المسألة إلى مذهبين :

المذهب الأول : أن قصر الصلاة في السفر رخصة يجوز العدول عنه إلى الإتمام وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد وداود (١) ويروى عن جماعة من الصحابة منهم عثمان وعائشة وسعد ابن أبي وقاص وآخرون كما يروى عن سعيد بن المسيب وأبي قلابة من التابعين .

المذهب الثاني : أن القصر فرض لا يجوز العدول عنه إلى الإتمام وهو مذهب أبي حنيفة والثوري وابن حزم (٢) من الظاهرية والزيدية والإمامية والمادوية من الشيعة ويروى عن جماعة من الصحابة منهم عمر وعلي وجابر ومن التابعين عن عمر بن عبد العزيز وقتادة وحماد بن سليمان .

ومشأ الخلاف في ذلك كما يفهم من كلام ابن رشد (٣) هو تعارض ظواهر الأدلة من الكتاب والسنة . ويان ذلك أن ظاهر قوله تعالى : فليس

(٢) المحلى لابن حزم ٤/ ٢٩٤

(١) مجموع الثوري ٤/ ٢٢٧

(٣) البداية ١ - ١٦١

عليكم جناح أن تقصروا ، وقوله صلى الله عليه وسلم : صدقة تصدق الله بها عليكم ، وقوله : إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة ، يدل على أن القصر رخصة يجوز العدول عنه إلى الإتمام كما هو الأصل في معنى الترخيص وهذا يعارض ظواهر نصوص أخرى منها حديث عائشة : فرضت الصلاة ركعتين فأقرت في السفر ، وحديث ابن عباس : إن الله فرض الصلاة على المسافر ركعتين وعلى المقيم أربعاً ، وحديث ابن عمر : أن الله أمرنا أن نصلي ركعتين في السفر ، فإن هذه الأحاديث تدل بظاهرها على أن القصر في السفر فرض لا يجوز العدول عنه إلى الإتمام .
ومن أجل هذا التعارض وقع الخلاف بين الأئمة في وجوب القصر وعدمه وإليك الأدلة .

أولاً : أدلة المذهب الأول :

استدل المالكية والشافعية ومن وافقهم على عدم وجوب قصر الصلاة في السفر بما يأتي من الكتاب والسنة :

أما الكتاب فقول الله تعالى : وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ، ووجه الاستدلال أن نفي الجناح لا يستعمل شرماً إلا في المباح وهو هنا القصر فيدل على أنه رخصة يجوز العدول عنه إلى الأصل وهو الإتمام الذي دل عليه قوله تعالى : أن تقصروا ، إذ القصر إنما يكون من شيء أطول منه .

وأما السنة فهي ما يأتي :

١ - ما رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن عن يعلى بن أمية أنه قال قلت لعمر : : فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتكم الذين كفروا ، فقد أمن الناس ؟ فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : : صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته ، ووجه الاستدلال أن وصف القصر بأنه صدقة يدل على أنه

رخصة يجوز فعلها وتركها كسائر الرخص .

٢ - ما رواه النسائي والبيهقي والدارقطني عن عائشة أنها قالت : خرجت مع النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة في رمضان فأفطر وصمت وقصر وأتممت ، فقلت بأبي أنت وأمي يا رسول الله أفطرت وصمت وقصرت وأتممت فقال أحسنت يا عائشة ، وهو ظاهر الدلالة على أن القصر ليس بواجب إذ لو وجب لما أقرها على الإتمام ولا استحسنته منها .

٣ - ما رواه الدارقطني عن عائشة أن النبي ﷺ كان يقصر في السفر وتم ويفطر وتصوم ، ووجه الاستدلال أن عائشة لو علمت أن القصر واجب لما آتمت . إذ إتمامها يكون مبطلا لصلاتها حينئذ . فدل إتمامها على أنها تعلم عدم وجوب القصر .

٤ - ما ثبت في الصحيحين عن عثمان وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يتمان الصلاة في السفر ، ووجه الدلالة فيه كالذي قبله وهو أنهما لو علما وجوب القصر لما آتماها لبطلانها حينئذ .

ثانيا : أدلة المذهب الثاني : استدلال الحنفية ومن وافقهم على أن القصر في السفر فرض بما يأتي من السنة والقياس ،
أما السنة فهي :

١ - ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : فرضت الصلاة ركعتين فأقرت صلاة السفر وأتمت صلاة الحضر ، وهو نص في أن أصل الفرض في كل من صلاتي الحضر والسفر ركعتان وأنه لم يزد عليهما إلا في الحضر بدليل قولها : وأقرت صلاة السفر ، فيكون قصر الصلاة في السفر عزيمة لا يجوز العدول عنه لأن العدول يكون حينئذ زيادة على المفروض فيبطله .

٢ - ما رواه البخاري ومسلم وأحمد عن ابن عمر أنه قال : صحبت النبي صلى الله عليه وسلم فكان لا يزيد في السفر على ركعتين وأبا بكر وعمر وعثمان كذلك ، ووجه الاستدلال به أن القصر لو كان رخصة لأتم النبي

صلى الله عليه وسلم ولو مرة لبيان الجواز ولكنه لم يثبت عنه الإتمام في السفر أصلاً فدل ذلك على عدم جوازه وعلى أن القصر هو الواجب .

٣ - ما رواه مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « إن الله عز وجل فرض الصلاة على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم على المسافر ركعتين وعلى المقيم أربعاً والخوف ركعة » ، وهو ظاهر الدلالة على أن تمام فرض المسافر هو الركعتان ، وأن الزيادة عليهما لا تجوز كما أن نقص المقيم عن أربع لا يجوز .

٤ - ما رواه النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : « إن رسول الله ﷺ أتانا ونحن ضلال فعلننا فكان فيما علمنا أن الله عز وجل أمرنا أن نصلي ركعتين في السفر » ، ووجه الاستدلال به أن قوله « أمرنا » يدل على وجوب القصر لما هو معلوم من أن الأمر للوجوب .

٥ - ما رواه أحمد والنسائي وابن ماجه عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « صلاة السفر ركعتان وصلاة الأضحية ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان » تمام غير قصر على لسان محمد صلى الله عليه وسلم . وهو نص في أن تمام فرض المسافر ركعتان فلا تجوز الزيادة عليهما .

وأما القياس : فقالوا إن صلاة السفر كالجمعة والصبح بجوامع أن كلا يسقط فرضه بركعتين والجمعة والصبح لا تجوز الزيادة عليهما فكذا صلاة السفر .

المنافسة : أولاً منافسة أدلة المذهب الأول :

نوقش استدلال المالكية والشافعية بالآية من وجهين ،

أولهما : قولهم إن نفي الجناح لا يستعمل إلا في المباح ممنوع بل يستعمل في الواجب أيضاً كما في قوله تعالى « فلا جناح عليه أن يطوف بهما » ، فإنه ورد في السعي بين الصفا والمروة وهو واجب ،

وثانيهما : لو سلم أن نفي الجناح للأباحة لما كان في الآية دلالة على أن القصر

مباح لأنها وردت في قصر الصفة في صلاة الخوف لاني قصر العدد لأن قصر العدد كان معلوما قبل ذلك من مبدأ شرعية الصلاة كادل على ذلك حديث « فرضت الصلاة ركعتين » .

وأجيب عن أولها بأن الأصل في نفي الجناح أن يستعمل في المباح ولا يستعمل في الواجب إلا بقرينة كما في آية السعي إذ وقعت جوابا لتخرج الأنصار من السعي لأنه كان من شمار الجاهلية وحيث لا قرينة في آية القصر فيتمين كونه مستعملا في المباح . وأجيب عن ثانيهما بأن الآية لم ترد في قصر الصفة وإنما وردت في قصر العدد بدليل فهم عمر منها ذلك وإقرار النبي صلى الله عليه وسلم له كما في حديث يعلى بن أمية .

ونوقش استدلالهم بحديث يعلى بن أمية من وجهين أيضا :

أولها : أن قوله وَيَسِّرْهُ لَكُمْ في آخر هذا الحديث « فاقبلوا صدقته » يدل على وجوب القصر لما هو معلوم من أن الأمر للوجوب :

وثانيهما : لو سلم أن الأمر فيه ليس للوجوب وأن قوله « صدقة » يدل على الرخصة لكانت رخصة إسقاط لأنه تصدق بما لا يقبل التملك فلا يجوز رده كالعتق والقصاص ومن ثم لا يجوز العدول عنه إلى الإتمام .

ويجاب عن أولها : بأن الأمر في قوله « فاقبلوا » ليس للوجوب وإنما هو لبيان أن القصر في السفر ليس مقيدا بالخوف بل مناطه السفر فقط : إذ لو كان الأمر فيه للوجوب لما أقر عائشة على الإتمام كما تقدم .

ويجاب عن ثانيهما بأن كونه رخصة إسقاط لا ينافي جواز الإتمام وإنما ينافي وجوبه لأن الإسقاط متعلق بوجوب الإتمام ولم نقل به وإنما قلنا بجوازه . يدل على ذلك فهم الصحابة كما ثبت عن أنس أنه قال « كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نساfer قيم بعضنا ويقصر بعضنا ويصوم بعضنا ويفطر بعضنا فلا يعيب أحد على أحد » فإن هذا يدل على أن الإتمام كان معلوم الجواز بين الصحابة .

وورد عليهم في حديث عائشة الأولى وهو حديثها أنها خرجت لعمرة في رمضان ، ما يأتي : أولاً : أن في إسناده العلاء بن زهير عن عبد الرحمن بن الأسود وقد قال ابن حبان في العلاء : إنه يروى عن الثقات ما لا يعبه حديث الآيات ، وأما عبد الرحمن فقال فيه أبو حاتم : أدخل على عائشة وهو صغير ولم يسمع منها وبذلك يقين عدم صلاحية الحديث للاحتجاج به ثانيهما : أن في متنه نكارة وذلك أن ظاهره يدل على أن النبي ﷺ اعتمر في رمضان وهو مخالف لما في الصحيحين وغيرهما من أنه عليه الصلاة والسلام لم يعتمر في رمضان قط .

وأجيب عن أولها . بأن يحيى بن معين قد وثق العلاء بن زهير وقال الذهبي إن العبدة بن ميثم يحيى وذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق فيه إنه ثقة مشهور والحديث الذي رواه في القصر صحيح وأن الدارقطني قال في عبد الرحمن إنه أدرك عائشة ودخل عليها وهو مراق وقال الحافظ هو كما قاله في تاريخ البخاري وغيره ما يشهد لذلك .

وأجيب عن ثانيهما . بأن قول عائشة : خرجت في عمرة في رمضان ، معناه أن ابتداء خروجها كان في رمضان ثم وقعت العمرة بعد ذلك .

وبهذا يظهر أنه لا إشكال في هذا الحديث إسناده ولا متناً فصلاح للحجة فضلاً عن أنه يتقوى بغيره بما ثبت إتمامها للصلاة في السفر وإذا قال الدارقطني : إسناده حسن أو صحيح .

وورد عليهم في حديثي إمام عائشة وعثمان أنه فعل لبعض الصحابة ولا حجة فيه إلا بتقرير النبي ﷺ له ولم يثبت ،

وجواب عنه . بأن ما تقدم في حديث عائشة من قوله ﷺ : أحسنت يا عائشة ، يدل على التقرير ولو فرض عدم تقريره لكان حجة أيضاً من حيث أن الصحابة لم ينكروا بعضهم على بعض كما في حديث أنس المتقدم فيكون إجماعاً منهم على جواز الإمام .

فإن قيل إن ابن مسعود أنكر على عثمان إتمامه بمعنى كما في البخاري وغيره فالجواب أن إنكاره عليه لمخالفته للسنة فقط . وإلا لأمره بإعادة الصلاة ويدل على هذا أن ابن مسعود قد روى عنه الإتمام أيضا (١) .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثاني :

ورد على الحنفية في استدلالهم بالسنة ما يأتي :

١ - أن حديث عائشة ، فرضت الصلاة ركعتين ، أرادت به أن ابتداء فرضها كان ركعتين ثم أتمت بعد الهجرة فصارت أربعا ثم خففت صلاة السفر فيكون المراد من قولها أقرت أى باعتبار ما آل إليه الأمر من التخفيف وإنما كان هذا هو المراد من قولها لمعارضته لظاهر القرآن والإجماع على تسبيتها قصرًا ويؤيد ذلك أنها كانت تتم كما في الصحيحين ولو أرادت أن القصر فرض المسافر لما أتمت في السفر .

٢ - وأن حديث ابن عمر الدال على مواظبته ﷺ على القصر في السفر لا دلالة فيه على الوجوب بل يدل على أنه الأفضل ويكفي في الدلالة على عدم الوجوب إقراره ﷺ لعائشة على الإتمام فليس يلزم أن يتم هو بعد ذلك .

٣ - وورد عليهم في حديث ابن عباس مثل ما ورد على حديث عائشة من التأويل كما يدل عليه ما رواه الأثرم أن رجلا سأل ابن عباس فقال كنت أتم الصلاة في السفر فلم يأمره بالإعادة (٢) .

٤ - ويرد عليهم في حديث ابن عمر الدال على الأمر بالركعتين في السفر أنه محمول على بيان الأفضل من الأمرين بطريقة ما تقدم من إقراره عليه السلام لعائشة على الإتمام .

٥ - ويرد عليهم في حديث عمر أن قوله تمام غير قصر معناه تمامة

الفضل غير ناقصة الأجر كما يدل على ذلك حديث يعلى بن أمية الذي فيه أن عمر فهم من الآية أن الصلاة مقصورة وأنه سأل رسول الله ﷺ فأقره على فهمه .

٦ - وورد عليهم في قياسهم صلاة السفر على الصبح والجمعة أنه قياس مع الفارق لأن كلا من الصبح والجمعة قد شرع ركعتين من الأصل فلا يقبل الزيادة بخلاف صلاة السفر فإنها مقصورة لجاز ترك القصر إلى الانمام .

ومن هذه المناقشة لأدلة الطرفين يتبين رجحان القول بأن قصر الصلاة الرباعية في السفر رخصة ، فعلها أفضل من تركها وهو الذي نختاره والله أعلم

المبحث الثاني

في الجمع بين الصلاتين

أجمع العلماء على أن من السنة جمع الظهر مع العصر في وقت الظهر بعرفة وجمع المغرب مع العشاء في وقت العشاء بمردلفة ثم اختلفوا في حكم الجمع فيما عدا ذلك على ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول : جواز الجمع بين الظهر مع العصر وبين المغرب مع العشاء تقديمًا وتأخيرًا لعذر شرعي وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وجهور العلماء على اختلاف بينهم في الأعذار المبيحة للجمع كما يعرف ذلك في كتب مذاهم .

المذهب الثاني : جواز الجمع بين الصلاتين الظهر مع العصر والمغرب مع العشاء تقديمًا وتأخيرًا مطلقًا لعذر ولو تغير عذر وهو مذهب الشيعة الإمامية ويروى عن أشهب (١) من المالكية وبعض أهل الظاهر

المذهب الثالث : منع الجمع بين الصلاتين مطلقًا لعذر ولو تغير عذر فيها

هذا جمعى عرفة ومودلة وهو مذهب الحنفية والحسن البصرى ومكحول والنخعى ،

ومنعاً الخلاف فى ذلك أمران (١) أولهما تعارض الآثار الواردة فى الجمع مع أحاديث توقيت الصلاة فمن رأى تخصيص أحاديث التوقيت بأحاديث الجمع أجازهم ومن ذهب إلى عدم التخصيص وتناول الآثار الواردة فى الجمع منعه تانيهما : اختلافهم فى جواز القياس على جمعى عرفة ومودلة فمن ذهب إلى جواز القياس عليهما أجاز الجمع فى غيرهما ومن رأى عدم جواز القياس عليهما منع الجمع فيما عداهما .

الأدلة : أولاً أدلة المذهب الأول .

استدل الجمهور على جواز الجمع بين صلاتى الظهر والعصر وبين صلاتى المغرب والعشاء لعذر بالأحاديث الآتية وهى .

١ - ما رواه البخارى ومسلم وأحمد عن أنس رضى الله عنه أنه قال : كان رسول الله ﷺ إذا رحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل يجمع بينهما فإن زاغت قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب ، وفى رواية لمسلم : كان إذا أراد أن يجمع بين الصلاتين فى السفر يؤخر الظهر حتى يدخل أول وقت العصر ثم يجمع بينهما وفى رواية ثالثة عن أنس عند الإسماعيل والبيهقى والحاكم فى الأربعين وأبى نعيم فى مستخرجه بإسناد صحيح بلفظ : كان رسول الله ﷺ إذا كان فى سفر وزالت الشمس صلى الظهر والعصر جميعاً ثم ارتحل .

٢ - ما رواه أحمد والترمذى وابن حبان والدارقطنى والبيهقى عن معاذ ابن جبل رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم : كان فى غزوة تبوك إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر حتى يجمعها إلى العصر يصلحها

جميعاً وإذا ارتحل بعد زبح الشمس على الظهر والعصر جميعاً ثم سار، وكان إذا ارتحل قبل المغرب آخر المغرب حتى يصلها مع العشاء وإذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاً مع المغرب

٣ - ما رواه أحمد والدارقطني والبيهقي عن ابن عباس رضي الله عنهما
 « أن النبي ﷺ كان في السفر إذا زاحت الشمس في منزله جمع بين الظهر
 والعصر قبل أن يركب فإذا لم تزغ له في منزله سار حتى إذا حانت العصر نزل
 لجمع بين الظهر والعصر وإذا حانت له المغرب في منزله جمع بينها وبين العشاء
 وإذا لم تكن في منزله ركب حتى إذا كانت العشاء نزل لجمع بينهما ، ورواه
 الشافعي في مسنده وقال فيه وإذا سار قبل أن تزول الشمس آخر الظهر
 حتى يجمع بينها وبين العصر في وقت العصر .

ووجه الدلالة في هذه الأحاديث أنها نص في جواز الجمع تقديماً
 وتأخيراً في السفر لفعل النبي ﷺ ذلك . ولما كان السفر مظنة المشقة ومن
 مقاصد الشارع رفعها جاز الحاق بقية الأعذار به تحقيقاً لمقصد الشرع من
 التيسير ورفع الحرج ، ويؤيد ذلك ما يأتي :

٤ - ما رواه الأثرم (١) عن أبي سلة ابن عبد الرحمن أنه قال : من
 السنة إذا كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء ، فإن السنة إذا
 أطلقت تنصرف إلى سنة رسول الله ﷺ .

٥ - ما رواه مالك في الموطأ عز نافع أن ابن عمر كان إذا جمع الأمراء
 بين المغرب والعشاء في المطر جمع معهم . ومثله ما رواه الأثرم أن أبان
 ابن عثمان جمع بين المغرب والعشاء في الليلة المطيرة لجمع معه عروة بن
 الزبير وأبو سلة وأبو بكر بن عبد الرحمن ولم يعرف لهم مخالف فكان ذلك
 دليلاً على جواز الحاق ما فيه مشقة من الأعذار بالسفر حتى يجوز الجمع
 بسببه .

٦ - ما رواه النسائي عن زيلب بنت جحش أن النبي ﷺ قال لها حين استحضت « تؤخر الظهر وتجل العصر وتغسل وتغسل للمغرب وتجل المغرب وتغسل والمساء وتغسل وتصليهما جميعاً وتغسل للفجر » (١).

٧ - ما رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطني والحاكم وأحمد والترمذي وصححه عن حمزة بنت جحش أنها سألت رسول الله ﷺ عن الاستحاضة فقال لها « إن قويت على أن تؤخري الظهر وتجل المغرب وتغسلين ثم تصلين الظهر والمصر جميعاً ثم تؤخري المغرب وتجل المساء ثم تغسلين وتجمعين بين الصلاتين فافعل . . . الحديث ، وهذان الحديثان يدلان على جواز الجمع بين الصلاتين للمريض لأن الاستحاضة من أنواع المرض (٢) ومثل المريض كل من تلحقه مشقة لأن علة الترخيص في الجمع إنما هي المشقة التي تلحق بركة .

ثانياً : أدلة المذهب الثاني :

استدل الامامية من الشيعة ومن وافقهم على جواز الجمع لغير عذر بما يأتي :

١ - ما أخرجه أحمد ومسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال صلى رسول الله ﷺ الظهر والمصر جميعاً والمغرب والمساء جميعاً من غير خوف ولا سفر ، وفي رواية أخرى « أن النبي ﷺ جمع بين الظهر والمصر وبين المغرب والمساء بالمدينة من غير خوف ولا مطر قيل لابن عباس ما أراد بذلك قال أراد أن لا يخرج أمته .

٢ - ما رواه الطبراني عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال « جمع رسول الله ﷺ يعني بالمدينة بين الظهر والمصر وبين المغرب والمساء فقيل له في ذلك فقال صنعت ذلك لثلاث تخرج أمتي (٣)

(١) الشوكاني جزء ١ نيل الأوطار ص ٢٣٥

(٢) نيل الأوطار الشوكاني جزء ١ ص ٢٣٧

(٣) نيل الأوطار الشوكاني جزء ٢ ص ١٨٢

ووجه الدلالة في الحديثين أنهما ظاهران في أن رسول الله ﷺ جمع في الحضر من غير عذر كما هو مقتضى حديث ابن عباس بروايته وإطلاق حديث ابن مسعود والتعليل بنفي الحرج عن الأمة إذ كل ذلك يدل على أن الجمع كان من غير عذر لأرادة التيسير على الأمة ورفع الحرج عنها ويؤيد ذلك ما رواه مسلم عن ابن عباس أنه لما خطب الناس حتى كادت صلاة المغرب تقوت وقال له رجل من بني تميم الصلاة الصلاة فقال له ابن عباس أنتم لنا بالصلاة كنا نجتمع بين الصلاتين على عهد رسول الله ﷺ فإن ظاهر هذا منه أن الجمع كان من غير عذر وهو الذي روى حديث جمع النبي ﷺ بالمدينة فيكون أدري بالمراد منه .

ثالثاً أدلة المذهب الثالث :

استدل الحنفية ومن وافقهم على عدم جواز الجمع بين الصلاتين مطلقاً إلا جمعى عرفة ومزدلفة بالأدلة الآتية :

١ - ما رواه أحمد والدارقطني وابن حبان والحاكم والترمذي وقال البغاري هو أصح شيء في المواقيت عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن جبريل أم النبي ﷺ في الصلاة يومين متتالين . بين له في أولهما أول الأوقات وفي ثانيهما آخرهما وقال له ما بين هذين الوقتين وقت .

٢ - ومثله ما رواه أحمد والدارقطني وابن خزيمة والحاكم والترمذي وقال هو حديث حسن . عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال أمي جبريل عند البيت مرتين . . . ثم قال يا محمد هذا وقت الأنبياء من قبلك والوقت فيما بين هذين الوقتين . . . ووجه الدلالة في الحديثين أن بيان جبريل لأول الأوقات وآخرهما وقوله «الوقت» ما بين هذين الوقتين ، يقتضى عدم جواز إخراج الصلاة عن وقتها تقدماً أو تأخيراً لما في هذا البيان من الحصر فيمتنع الجمع بين الصلاتين لأنه إخراج لأحدهما عن وقتها .

٣ - ما رواه مسلم عن أبي قتادة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ليس في النوم تفريط إنما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجرى وقت الصلاة الأخرى ، ومثله ما رواه أبو داود واللساني والترمذى بسند صحيح عن أبي قتادة أيضا أن النبي ﷺ قال : ليس في النوم تفريط إنما التفريط في اليقظة ، وهذا يدل على أنهم من آخر الصلاة عن وقتها وهذا لوصفه بأنه مفريط فيقتضى عدم جواز الجمع بين الصلاتين تأخيرا لما فيه من تأخير الصلاة الأولى عن وقتها ويؤخذ منه بالأولى عدم جواز الجمع تقديمًا .

٤ - ما رواه مالك في الموطأ والبخارى وأبو داود واللساني عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال : ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة لغير ميقاتها إلا صلاتين جمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها ، ووجه الدلالة فيه أن ابن مسعود نفي وقوع الجمع من رسول الله ﷺ في غير المزدلفة وهذا يدل على أن الجمع في غيرها ممتنع إذا كان فيه إخراج للصلاة عن وقتها .

المناقشة : أولا : مناقشة أدلة المذهب الأول .

ورد على أدلة الجمهور وهم القائلون بجواز الجمع لعدم ما يأتي :

أولا : أورد عليهم الشيعة أن الأحاديث الدالة على جواز الجمع في السفر وغيره من الأعذار لا تختص بمورد ما لأن علة الجمع فيها مطلقة وهي رفع الحرج عن الأمة وهو لا يختص بسبب خاص من سفر أو مرض أو غيرهما فتعتبر هذه الأحاديث بمثابة العام الذي يرد على سبب خاص فلا يختص به بل يطرد في جميع ما يصدق عليه ويؤيد ذلك جمع ابن عباس بين المغرب والعشاء حينما خطب في الناس وهو الراوى لحديث جمعه ﷺ فيكون أمرب بمراة .

• • • محاب ع : ذلك أنا نسل عدم اختصاصها بمورد ما بل يقول إنها عامة

في كل ما يشبه موردها من الأعذار التي يشق معها أداء الصلوات في أوقاتها .
وذلك هو ما يقتضيه تعليل الجمع برفع الحرج عن الأمة فإن الحرج إنما
يكون عند العذر ولا حرج عند انتفائه وإلا لما كان التوقيت فائدة ولما صح
وصف من أخر الصلاة عن وقتها بأنه مفرط كما ثبت ذلك في الأحاديث
السابقة .

ثانيا : أورد عليهم الحنفية ما يأتي :

١ - من جهة الدلالة أن أحاديث الجمع محمولة على الجمع الصوري
وهو أن يؤخر الصلاة الأولى لأخروقتها فيوقتها فيه ويسجل الثانية في أول وقتها
فيصلبها فيه وبذلك يكون قد جمع بينهما . ويؤيد ذلك ما أخرجه ابن جرير
عن ابن عمر أنه قال خرج علينا رسول الله ﷺ فكان يؤخر الظهر ويمجل
المصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب ويمجل العشاء فيجمع بينهما . وهذا
هو الجمع الصوري ، كما يؤيده أيضا ما سبق فيها رواه البخاري وغيره من
ابن مسعود أنه قال ما رأيته رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة
لغير ميقاتها إلا صلاتين جمع بين المغرب والعشاء بمردلفة وصلى الفجر
يومئذ قبل ميقاتها ، فإن ابن مسعود ممن روى حديث الجمع بالمدينة
فيتعين حمل على الصوري جمعا بين روايته وللا تتعارض مع أحاديث
التوقيت .

٢ - من جهة السند أن حديث معاذ فيه مقال إذ قال فيه أبو داود إنه منكر
وقال ابن حزم إنه منقطع لأنه من رواية يزيد بن أبي حبيب عن أبي الطفيل
ولا يعرف له عنه رواية .

وأما حديث ابن عباس فهو من طريق حسين بن عباد بن هبيرة
وقد ضعفه العلماء كابن معين وأحمد بن حنبل وأبي حاتم فكان كل من هذين
الحديثين غير صالح للحجة .

وأجيب عن الأول وهو حل الأحاديث على الجمع الصوري بأن
المتبادر إلى الفهم من نطق الجمع هو لقاء الصلوات في وقت واحد

الحمله على الصورى خلاف الظاهر على أن بعض الأخبار جاءت صريحة بالجمع في وقت إحدى الصلاتين كما في رواية مسلم عن أنس ورواية الشافعى عن ابن عباس ومما يمنع الحمل على الجمع الصورى ما صرح به في الأحاديث الصحيحة من جمع التقديم كما في رواية الإسماعيلي والبيهقى عن أنس .

وأما حديث ابن عمر فيعارضه ما صح من رواية الجماعة أن ابن عمر قد جمع في السفر بين المغرب والعشاء جمع تأخير وقال إن النبي ﷺ كان يفعل ذلك إذا جد به السير فوجب حمل رواية ابن جرير عنه على أن الجمع كان لغیر عذر ، وكذلك يحمل حديث ابن مسعود في نفي الجمع على أنه ﷺ لم يجمع لغیر عذر . وأن روايته للجمع بالمدينة إنما كان في الجمع لعذر فإنه قد روى فيها عن النبي ﷺ التعليل بنفي الحرج وذلك ظاهر في العذر دون غيره ، وبهذا يبين أن لا تعارض بين أحاديث الجمع وأحاديث التوقيت لحملها على غير ذوى الأعذار .

وأجيب عن الثانى وهو الطعن في سند الحديثين عن معاذ وابن عباس بأن حديث معاذ قد حسنه الترمذى وصححه ابن حبان وأصله في صحيح مسلم : وأن حديث ابن عباس له طريقان آخران ليس فيهما الحسين بن عبد الله فقد أخرجه كل من يحيى بن عبد الحميد الحناني والقاضى إسماعيل فصلح الحديثان للحجية على جواز جمع التقديم والتأخير عند العذر .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى :

ورد على الشيعة الأمامية ومن وافقهم على جواز الجمع لغیر عذر أن حديث ابن عباس الذى فيه إثبات الجمع لغیر خوف ولا سفر ولا مطر لا يدل على جواز الجمع لغیر عذر لأن نفي بعض الأعذار الخاصة لا يستلزم نفي جميع الأعذار لجواز أن يكون الجمع لعذر آخر غير ما ذكر ، وهذا هو المتعين ، وإلا لما كان للتعليل برفع الحرج فائدة إذ من المعلوم أن الحرج إنما

يكون عند العذر وأن لا حرج عند انتفائه ويدل على ذلك أن النبي ﷺ حكم على من أخر الصلاة حتى يجي وقت الأخرى بأنه مفرط فيكون آثماً ولذا أجمع الصدر الأول على أن الجمع لغير عذر لا يجوز (١)

وكذلك يحمل حديث ابن مسعود لما تقدم من وجوب الجمع بين روايته .

وأما استنادهم إلى فضل ابن عباس حين خطب الناس وأخر المغرب فيجاب عنه بأنه فعل ذلك لعذر كما يدل عليه رواية المسائي عنه أنه صلى في البصرة الظهر والعصر ليس بينهما شيء وفعل ذلك من شغل فإن الشغل يعتبر عذراً إذا كان في ترك الجمع حرج ، هذا فضلاً عن أن القول بجواز الجمع بغير عذر يؤدي إلى إلغاء أحاديث التوقيت وما دلت عليه من الحصر الذي يقتضى عدم جواز إخراج الصلاة عن وقتها وإذن فيجب حمل أحاديث الجمع على ما كان لعذرهما بين الأدلة .

ثالثاً : مناقشة أدلة المذهب الثالث .

ورد على أدلة الحنفية أن أحاديث التوقيت مخصصة بأحاديث الجمع ويؤيد ذلك انقضاء الإجماع على مشروعيتها بعرفة ومزدلفة وأما قوله ﷺ « إنما التفريط في البقطة ، فمحمول على ما كان لغير عذر وكذلك حديث ابن مسعود جمعا بين روايته كما تقدم ؛

المختار : قد تبين مما سبق في مناقشة أدلة المذاهب في هذه المسألة أن أقواها وأصلها في النظر هي أدلة القائلين بجواز الجمع لعذر فيتمين ترجيح قولهم ولا سيما أنه أقرب الأقوال إلى روح التشريع الذي دل عليه شرعية الجمع بعرفات ومزدلفة بسبب الحاجة إلى الاشتغال بالسك وهذا المعنى موجود في كل الأعذار التي يشق معها أيضاً الصلوات في أوقاتها فكان من

رحمة الله بعباده أن شرع لهم الجمع عند الحاجة رفعا للحرج عنهم وتيسيرا لهم وهذا ما تختاره وانه أعلم .

المبحث الثالث

في العدد الذي تنعقد به الجمعة

أجمع العلماء على أن الجمعة لا تنعقد إلا بالجماعة لأن النبي ﷺ لم يصلها بدون جماعة قط ، ثم اختلفوا في قدر العدد المطلوب لانعقادها على مذاهب كثيرة تقتصر على أهمها فيما يلي :

أولا : أن الجمعة لا تصح بأقل من اثني عشر رجلا مع الإمام ولا بد من أن يكونوا من جماعة يمكن أن تستغنى وتأمين بهم قربه - وهو مذهب المالكية . وروى عن ربيعة والزهري .

ثانيا : أنها لا تصح بأقل من أربعين منهم الإمام . وهو مذهب الشافعية والمشهور عند الحنابلة . وروى عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة وإسحاق وعمر بن عبد العزيز .

ثالثا : أنها لا تصح بأقل من ثلاثة مع الإمام ، وهو مذهب أبي حنيفة وعمر وقال أبو يوسف تصح بثلاثة أحدم الامام .

رابعا : أنها تصح بواحد مع الامام ، وهو مذهب الظاهرية والطبري والحسن بن حي والنخعي واختاره الشوكاني (١) .

ملحذا الخلاف : يؤخذ من كلام ابن رشد (٢) أن ملشأ الخلاف في هذه المسألة هو الاختلاف في أقل ما يطلق عليه اسم الجمع وهل يدخل فيه الامام أم لا ، ثم هل الجماعة المطلوبة في الجمعة كالجماعة في غيرها من الصلوات أم

أنها تختص باشتراط عدد أكثر من سواها .

الأدلة : أولا : أدلة المذهب الأول .

استدل القائلون بأنها لا تصح بأقل من اثني عشر مع الإمام بما رواه البخاري ومسلم وأحمد والترمذي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما يوم الجمعة فجاءت عير من الشام فانفض الناس إليها إلا اثني عشر رجلا فنزلت هذه الآية ، وإذا رأوا تجارة أو طوا انفضوا إليها وتركوك قائما ،

ووجه الدلالة أن الآية أجمعت على اشتراط العدد في الجمعة . فلا تصح إلا بعدد يثبت بالدليل لأن تحديد العدد لا يدرك إلا بتوقيف من الشارع وليس للرأى فيه مجال وقد ثبت بحديث جابر هذا أنها تصح اثني عشر ولم يثبت أنه عليه الصلاة والسلام صلاها بأقل من هذا العدد وقد قاله النبي ﷺ : « صلوا كما رأيتموني أصلي » ، فليزوم ألا تصح بأقل منه .

ثانيا : أدلة المذهب الثاني

استدل القائلون بأنها لا تصح بأقل من أربعين منهم الإمام بما رواه أبو دارود وابن ماجه والبيهقي وابن حبان بإسناد صحيح عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه أنه قال : « أول من جمع بنا في المدينة أسعد ابن زرارة قبل مقدم النبي ﷺ المدينة في نقيع الخضعات ونحن يومئذ أربعون رجلا . وقالوا في وجه الاستدلال به مثل ما قاله أصحاب المذهب الأول في استدلالهم بحديث جابر ، وهو أنه لم يثبت صلاتها بأقل من أربعين فوجب ألا تصح بأقل منهم إلى آخر وجه الدلالة فيما سبق .

ثالثا : أدلة المذهب الثالث .

استدل القائلون بأنها لا تصح إلا بثلاثة مع الإمام بقوله تعالى : « إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسموا إلى ذكر الله » ، وقالوا في وجه الاستدلال : إن قوله تعالى : فاسموا خطاب للجمع والجمع الصحيح هو

الثلاث لكونه جمعا في اللفظ والمعنى - وقوله تعالى . إلى ذكر الله - يقتضى
ذاكرا وهو الإمام . فكان مجموع من دلت عليه الآية : أربعة فلا تصح
بأقل منهم .

رابعا : أدلة المذهب الرابع .

استدل القائلون بصحتها بواحد مع الإمام بما رواه الجماعة عن مالك بن
الحويرث أنه لما أراد السفر هو وصاحب له . قال لهما : رسول الله صلى الله
عليه وسلم : إذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيا وليؤمكما أكبركما . وقالوا في
وجه الاستدلال - إن هذا الحديث قد دل على أن الإثنين فما فوقهما جماعة
شرعا وقد قال الله تعالى : إذا نودي للصلاة فاسعوا إلى ذكر
الله ، فأوجب السعي على الجماعة وهي ما بيننا الحديث السابق ولم يثبت دليل
على اختصاص الجمعة بعدد خاص فوجب أن تكون الجماعة فيها كالجماعة في
سواها من الصلوات وحيث وجبت على الإثنين فما فوقهما اقتضى ذلك أن
تصح منهما وتنعقد بهما ؛

المناقشة : أولا مناقشة أدلة المذهب الأول

نوقش استدلال المالكية ومن معهم بحديث جابر من وجهين

الوجه الأول : وهو وارد من قبل من يقول بصحة الجمعة بأقل من اثني
عشر وهو أن قصارى حديث جابر الدلالة على صحة الجمعة بالاثني عشر وهي
لاتنا في صحتها بأقل من هذا العدد إذ لا حصر فيه . وكون النبي ﷺ لم يصلها
بأقل منه لا يستلزم اشتراطه لجواز أن تصح بالأقل عملا بمقتضى الحديث
الدال على أن الإثنين فما فوقهما جماعة فيتحقق بهما مدلول الآية من طلب
الجماعة في قوله تعالى (فاسعوا إلى ذكر الله) .

ويجاب عن هذا الوجه بأن صحتها بالأقل لا تثبت بمجرد الاحتمال بل
لا بد من دليل خاص حيث كانت الجماعة شرطا فيها إجماعا لمخالفت سائر
الصلوات في ذلك فلا يعد اختصاصها بجماعة تكون أزيد من الجماعة في غيرها

وذلك ما يرشد إليه اعتنا القرآن بشأنها وتعديده الأمر فيها حتى أوجب
السمي إليها وحرم البيع وقت نذائها - وحيث جاز اختصاصها بمدة خاص
ولم يثبت فيه أكل مما جاء في حديث جابر وجب الوقوف عنده فلا تصح
بدونه لأن تحديد العدد مما لا يدرك إلا بالتوقيف

الوجه الثاني : وهو وارد من قبل القائلين باشتراط الأربعين في صحة
الجمعة وهو أن انقضاء من عدا الاثني عشر لا يمنع لإحتمال عودتهم أو
حضور غيرهم من يكمل الأربعين بل قد جاء في رواية الدارقطني والبيهقي
أنهم انقضوا فلم يبق إلا أربعون رجلا ،

ويجاب عن هذا الوجه : بأن إحتمال العودة أو مجيء من يكمل
الأربعين مجرد إحتمال بلا دليل وهو خلاف الظاهر فلا يقدر في الدلالة
وأما رواية الدارقطني والبيهقي فقد تفرد بها علي بن عاصم وهو من
الحفظ فلا يعول عليها لاسيما عند معارضتها لرواية البخاري ومسلم .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثاني :

نوقش قولهم إنها لم تصل بأقل من أربعين بأن حديث جابر السابق
ظاهر الدلالة في أنها صليت باثني عشر

ثالثا : مناقشة أدلة المذهب الثالث .

نوقش قولهم في وجه الاستدلال بالآية - أنها خطاب للجماعة وأقلمهم
ثلاثة - بأن ذلك في اللغة - وأما في لسان الشرع فقد جعل الاثنين جماعة
فضلا عن أن الآية قد طلبت جماعة مطلقة ، فتصدق بالأقل والأكثر فإذا
جاءت السنة ببيان عدد خاص كان ذلك تقييدا الآية فيلزم الوقوف عنده
- وعدم صحها بدونه - أخذنا من قوله ﷺ : صلوا كما رأيتموني أصلي ،
ولم يثبت أنه صلاها بأقل من اثني عشر .

رابعا : مناقشة أدلة المذهب الرابع

پرد عليهم أن قولهم في الجمعة هي كسائر الصلوات في الجماعة ممنوع

لأن الظاهر من احتفاء الشارع بأمرها حيث أفردتها بالذكر واختصها بإيجاب السعى إليها والنهي عن البيع عند ندائها - كل ذلك يدل على أن الشارع قد جعلها شريعة من شعائر الإسلام فلا بد فيها من جمع تظهر به هذه الشعيرة وحديث جابر هو بيان لأقل عدد أقيمت به فوجب الوقوف عنده ، ولا تصح بدونه .

ومن هذه المناقشات السابقة يظهر رجحان القول بأنها لا تصح بأقل من اثني عشر ، وأن ذلك هو الذي تظهر به مزيتها وتحقق معه الحكمة من شرعيتها - وهو المختار - والله أعلم .

المبحث الرابع

في حكم تعدد الجمعة في البلد الواحد

اختلف العلماء في حكم تعدد الجمعة في البلد الواحد على ثلاثة أقوال :
الاول : جواز تعددها عند الحاجة فقط - وهو مذهب المالكية (١)
ومشهور مذهب الحنابلة (٢) وقول ابن صريج وأبي إسحاق المروزي
والمختار عند الموزني وأكثر الأصحاب عند الشافعي (٣)

والثاني : عدم جواز تعددها في البلد الواحد مطلقا وهو مذهب أبي حنيفة
وأبي يوسف (٤) وقول الشافعي (٥) وأكثر المعتزلة من الشيعة (٦)

الثالث : جواز تعددها مطلقا وهو قول محمد من أصحاب أبي حنيفة
ورواه عن الإمام أيضا - وقال السرخسي - هو الصحيح من مذهب أبي

(٢) المغني ٢ - ١٨٥

(١) دسوقي ١ - ١٢٣

(٤) فتح القدير ١ - ٤١١

(٣) مجموع ٤٣ - ٥٨٥

(٦) البحر ٢ - ١١

(٥) المجموع ٤٣ - ٥٨٤

خفيفة (١) وهو مذهب الظاهرية وروى عن عطاء.

الأدلة : أولا أدلة المذهب الأول .

استدل المالكية والحنابلة ومن معهم على جواز تعدد الجمعة عند الحاجة بأمرين .

الأول : قالوا إن عدم جواز التعدد عند الحاجة يؤدي إلى الحرج وهو مرفوع عن الأمة بنص القرآن في قوله تعالى : (ما جعل عليكم في الدين من حرج) - كما أن جواز التعدد عند عدم الحاجة يؤدي إلى مخالفة ما كان عليه النبي ﷺ والخلفاء من بعده حيث لم ينقل عنهم أنهم جمعوا أكثر من جمعة في بلد واحد مع عدم الحاجة . فوجب القول بجواز التعدد للحاجة وعدم جوازه عند عدمها جمعاً بين نصوص الكتاب والسنة .

الثاني : قالوا لما اتسعت الأمصار ودعت الحاجة إلى التعدد صليت في أماكن ولم ينكر ذلك فكان إجماعاً (٢)

ثانياً : أدلة المذهب الثاني :

استدل المانعون من تعدد الجمعة مطلقاً في البلد الواحد بما يأتي :

١ - أن النبي ﷺ والخلفاء من بعده لم يجمعوا إلا في مسجد واحد مع تعدد المساجد بالمدينة . فقد روى أبو داود في مراسيله عن بكير بن الأشجى وأخرج البيهقي في المعرفة أنه كان بالمدينة تسعة مساجد مع مسجده ﷺ ولم يكونوا يصلون - يعني الجمعة - إلا في مسجده ﷺ - وروى البخاري أن أهل العوالي كانوا يصلون الجمعة مع النبي ﷺ . وروى ابن خزيمة وابن ماجه أن أهل قبائن كانوا يصلون معه عليه الصلاة والسلام وروى الترمذي عن رجل من أهل قباء عن أبيه أنه قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نشهد الجمعة من قباء ، وروى البيهقي أن أهل ذى الحليفة كانوا

يجمعون بالمدينة - ولم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه أذن لأحد في إقامة الجمعة في شيء من مساجد المدينة ولا في القرى التي بقربها ولو جاز التعدد لما عطلوا تلك المساجد (١) .

٢ - ما رواه ابن المنذر عن ابن عمر أنه كان يقول : لا الجمعة إلا في المسجد الأكبر الذي يصلى فيه الإمام .

ثالثا : أدلة المذهب الثالث - استدلال المجيزون للتعدد مطلقا بما يأتي :
أولا : بقوله تعالى : « إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله » .

ووجه الدلالة - أنه لم يقل في موضع ولا موضعين ولا أقل ولا أكثر فشمّل ذلك كله (٢) .

ثانيا : بما رواه عبد الرزاق من حديث عبد الرحمن السلمي عن علي ، ورواه ابن أبي شيبة أيضا عن علي أنه قال : « لا الجمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع » .

وقالوا في وجه الدلالة . إنه لم يشترط في صحة الجمعة من حيث الموضع الذي تقام فيه إلا كونه مصريا جامعا . فإذا تحقق ذلك صحت الجمعة في كل موضع منه (٣) .

المنافسة : أولا مناقشة أدلة المذهب الأول .

ورد على أدلة القائلين بالتعدد الحاجة ما يأتي : -

١ - من قبل المانعين مطلقا - أن ذلك مخالف لما كان عليه السلف من تجميعهم في مسجد واحد كما سبق .

وأجيب عن ذلك بأنه لم تكن حاجة إلى التعدد حيث قد بدليل أنه لما

(١) التلخيص لابن حجر بذيّل المجموع ٤٠ - ٤١

(٢) المحلى لابن حزم ٥٥ - ٥٣ (٣) فتح القدير ١٠ - ١١

وهذه الحاجة بعد ذلك إلى التعدد صليت في أما كن كثيرة دون إنكار من أحد، فضلا عن أن الصحابة، كانوا يحرمون كل شهود الجمعة مع النبي ﷺ لسماع خطبته. إذ هو المشرع للأحكام المبلغ لها من الله تعالى،
٢ - وورده عليهم من قبل المجيزين مطلقا - أن ذلك يخالف إطلاق الآية وحديث على السابق.

ويجاب عن ذلك بأن الإطلاق مقيد بعمل السلف من لدن النبي ﷺ والخلفاء من بعده :

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثاني .

ورد على المانعين للتعدد مطلقا أن ذلك يؤدي إلى الحرج وهو مرفوع بنصر القرآن .

ثالثا : مناقشة أدلة المذهب الثالث

ورد على المجيزين مطلقا أن إطلاق الآية وحديث على مقيد بالسنة - لجواز التعدد لفير الحاجة بعد أنه يخالف السنة مضيق للحكمة التي شرعت من أجلها إقامة الجمعة .

المختار :

يظهر من النظر السابق - أن أوسط المذاهب وأعدلها أرها - وهو الجواز عند الحاجة والمنع عند فقد ما فيه من الجمع بين الأدلة ولموافقة روح التشريع من رفع الحرج مع المحافظة على حكمة شرعية الجمعة وجعلها عيد الأسبوع شرعا - والله أعلم .

المبحث الخامس

اجتماع العيد والجمعة في يوم واحد

إذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد فقد اختلف العلماء هل يرخص في ترك الجمعة أم لا ؟ على أربعة مذاهب .

المذهب الأول : أنه يرخص في ترك الجمعة لمن صلى العيد مطلقا أى سواء كان من أهل البلدة التى تقام فيها الجمعة أم من القرى التابعة لها وسواء كان إماما أم مأموما - وهو مذهب أحمد على إحدى الروايتين عنه في سقوطها عن الإمام - ويروى عن الشعبي والنخعي والأوزاعي وعطاء كما يروى أيضا عن علي وابن عباس وابن الأثير رضى الله عنهم ؛

المذهب الثانى : أنه يرخص في ترك الجمعة لأهل القرى التابعة للبلدة التى تقام فيها دون سواهم - وهو مذهب الشافعى وبه قاله عثمان بن عفان ومهر ابن عبد العزيز .

المذهب الثالث : أنه يرخص في ترك الجمعة لمن عدا الإمام وثلاثة وهو مذهب بعض الشيعة ووافقهم أحد في وجوبها على الإمام في المشهور من مذهبه المذهب الرابع : لا يرخص في ترك الجمعة لأحد عن يجب عليهم سواء في ذلك من صلى العيد ومن لم يصله بل المكلف مخاطب بهما جميعا ولا تنوب أحد الصلائين عن الأخرى . وهو مذهب الحنفية والمالكية والظاهرية .

الأدلة : أولا . أدلة المذهب الأول ،

استدل الحنابلة ومن وافقهم على الترخيص في ترك الجمعة لمن صلى العيد بما يأتى :

١ - ما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والسنائى والحاكم من زيد بن أرقم رضى الله عنه : أن معاوية سأله هل شهدت مع رسول الله صلى الله عليه

وسلم عيدن اجتماعاً قال نعم . صلى العيد أول النهار ثم رخص في الجمعة فقال : من شاء أن يجمع فليجمع ،

٢ - مارواه أبو داود وابن ماجه والحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « قد اجتمع في يومكم هذا عيدان . فمن شاء أجزأه من الجمعة . وإنا مجمعون . »

ووجه الدلالة فيهما أنها صريحان في الترخيص بترك الجمعة لمن صلى العيد لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث الأول « من شاء أن يجمع فليجمع » وقوله في الثاني : « فمن شاء أجزأه من الجمعة » . فإن تخييره ﷺ في الجمعة يدل على عدم وجوبها في حق من صلى العيد فقط بدليل قوله عليه السلام « فمن شاء أجزأه من الجمعة » لأن أجزأه العيد عن الجمعة إنما يكون لمن صلاه .

٣ - مارواه أبو داود والنسائي عن عطاء بن أن رباح أنه قال : « صلى ابن الزبير يوم عيد في يوم جمعة أول النهار ثم رحنا إلى الجمعة فلم يخرج إلينا فسلمنا وحدانا . وكان ابن عباس بالأنائف فلما قدم ذكرنا له ذلك فقال : « أصاب السنة » . ووجه الدلالة فيه أن ابن الزبير لما لم يخرج لصلاة الجمعة وهو الإمام حيثئذ ذلك على سقوطها عن صلى العيد سواء أكان إماماً أم مأموماً ، وقد قال ابن عباس أن ذلك موافق لسنة رسول الله ﷺ ثانياً : أدلة المذهب الثاني .

استدل الشافعية على أن الترخيص في ترك الجمعة خاص بأهل القرى دون أهل بلد الجمعة

بما رواه البخاري ومالك في الموطأ أن عثمان بن عفان قال في خطبته « أيها الناس . قد اجتمع عيدان في يومكم فمن أراد من أهل العالية أن يصل معنا الجمعة فليصل ، ومن أراد أن ينصرف فليتنصرف ، ولم يتكر عليه أحد . ووجه الدلالة أنه إنما خير في ترك الجمعة أهل العالية دون أهل البلد

فدل ذلك على أن الترخيص خاص بهم . وذلك لأن المشقة تلحقهم إذا أقاموا في بلد الجمعة لصلاتها . كما تلحقهم إن رجعوا إلى قراهم ثم عادوا لصلاتها ، مع الأمام بخلاف أهل البلد فلا مشقة عليهم حتى يرخص لهم في ترك الجمعة

ثالثا : أدلة المذهب الثالث :

استدل القائلون بالترخيص لغير الإمام وثلاثة بجديد أبي هريرة السابق وفيه أن النبي ﷺ قال : « وإنا نجمعون » ، ووجه الدلالة أنه عليه الصلاة والسلام لما خير غيره دل ذلك على أنه لا تخيير في حق الإمام فتكون واجبة عليه . ولما كانت الجماعة شرطا في الجمعة وجب أن يكون معه عدد تصح به .

رابعا أدلة المذهب الرابع ،

استدل الحنفية والمالكية على أنه لا ترخيص في الجمعة وأن المكلف مخاطب بكل من العيد والجمعة بالكتاب والسنة والمعقول .

١ - أما الكتاب فقوله تعالى : « إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله » .

٢ - وأما السنة فكثيرة فنقتصر منها على ما يلي :

أولا : ما رواه أبو داود والحاكم عن طارق بن شهاب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة إلا أربعة : عبد مملوك . أو امرأة ، أو صبي . أو مريض . .

وثانيا : ما رواه النسائي عن حفصة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « رواح الجمعة واجب على كل محتلم .

ووجه الدلالة أن كلام الآية والحديثين عام يشمل كل مسلم إلا من أخرجه الحديث ولا فرق في ذلك بين أن تكون الجمعة في يوم عبد أم لا فدل ذلك على أنها لا تسقط بصلاة العيد .

٢- وأما المقول . فقالوا إن صلاتي العيد والجمعة مشروعتان فلا تسقط إحداهما بالأخرى . وذلك لأن صلاة العيد تطوع وتركها بدعة وخلافة وصلاة الجمعة فريضة فلا تسقط بالتطوع .

المناقشة : أولا مناقشة أدلة المذهب الأول .

ورد على أدلة القائلين بالترخيص في الجمعة لمن صلى العيد ما يأتي :

أولا : أورد عليهم القائلون بعدم الترخيص أن ما احتجوا به من الأحاديث لا يصلح للحجة - أما حديث زيد بن أرقم فأنه من طريق إياس بن أبي رملة وهو مجهول .

وأما حديث أبي هريرة ففيه بقية ابن الوليد وهو متكلم فيه ولذا قال النووي (١) إن إسناده ضعيف وقال أحمد بن حنبل والدارقطني إنه مرسل ،

وأما حديث ابن الزبير ففيه عبد الحميد بن جعفر وقد قال فيه ابن حزم « ليس بالقوى » ، وحيث لم يصح شيء من هذه الأحاديث فلم تصلح للحجة ولا يجوز تخصيص عموم الأدلة التي أفادت وجوب الجمعة بها .

وأجيب عن ذلك بأن حديث زيد قد صححه كل من الحاكم والذهبي وابن المديني ، وقال فيه النووي : إسناده جيد ، وإذن فهو صالح للحجة ،

وأما حديث أبي هريرة فقد عضده غيره وهو حديث زيد السابق وحديث عثمان بن عفان وهو صحيح رواه البخاري وغيره وبذلك صلح هذا الحديث أيضا للحجة .

وأما حديث ابن الزبير فقد قال فيه النووي « إسناده حسن أو صحيح على شرط مسلم » ، وقال الشوكاني : « رجاله رجال الصحيح » ، اهـ ،

وبذلك لأن عبد الحميد بن جعفر ثقة أخرج له مسلم فصلح للاحتجاج به ، وبهذا

يقين أن الأحاديث الثلاثة بمجموعها تصلح خصصة لمعوم أدلة وجوب الجمعة
ثانياً أورد عليهم القائلون بأن الترخيص خاص بغير أهل بلد الجمعة
أن أحاديث الترخيص محمولة على أهل القرى بدليل قوله عثمان « من أراد من
أهل العالية أن يصلي . . . الحديث » حيث رخص لأهل العالية فقط . وهي
من القرى التابعة للديانة . وهذا بما لا يدرك بالرأى فكان توقيفاً .
ولذلك لم ينكر عليه أحد .

وأجيب عن ذلك بأن أحاديث الترخيص الواردة عن رسول الله ﷺ
حامة تشمل أهل القرى وغيرهم من أهل بلد الجمعة . ولا يصلح قول
عثمان رضي الله عنه تخصيصاً لها لأنه من باب تخصيص بعض أفراد العام
بالذكر وهو لا يخصص العام كما يدل على ذلك فعل ابن الزبير وقول ابن
عباس إنه أصاب السنة كما سبق .

ثالثاً : أورد عليهم القائلون بأن الترخيص خاص بمن عدا الإمام ومن
نصح بهم الجمعة معه أن قوله ﷺ « إنا نجمعون » يدل على أن الترخيص
إنما هو في حق غير الإمام والعدد الذي به نصح الجمعة فيحمل
سائر الأحاديث عليه . وأجيب عن ذلك بأن قول الرسول صلى الله عليه
وسلم « إنا نجمعون » إنما هو مجرد إخبار منه بأنه اختار التجميع لنفسه ومجمره
اختياره التجميع لا يدل على وجوبه ويؤيد ذلك ترك ابن الزبير الخروج
للجمعة وهو يؤيد الإمام ولم ينكر عليه أحد فضلاً عن أن قول ابن عباس
إنه أصاب السنة يدل على أن فعل ابن الزبير هذا مطابق لسنة رسول الله
صلى الله عليه وسلم في ذلك .

ثانياً : مناقشة أدلة المذهب الثاني .

ورد على الشافعية ما سبقت الإشارة إليه من أن فعل عثمان لا يصلح
تخصيصاً لأحاديث الترخيص بدليل فعل ابن الزبير .

ثالثا : مناقشة أدلة المذهب الثالث

ورد عليهم ما تقدم أيضاً أن إخباره عليه السلام باختيار التجميع لا يدل على وجوبه لأن اختيار أحد الجائزين من الفعل أو الترك لا يقتضى وجوبه . ولذا لما اختار ابن الزبير ترك التجميع لم ينكر عليه أحد .

رابعا : مناقشة أدلة المذهب الرابع :

ورد على القائلين بعدم الترخيص أن أدلة وجوب الجمعة وإن كانت عامة إلا أنها قد خصصت بأحاديث الترخيص المتقدمة حيث ثبتت صلاحيتها للحجة فيجب العمل بمقتضاها جماين الأدلة ولا سيما أن الترخيص في ترك الجمعة قد صح عن كل من عثمان بن عفان وعبد الله بن الزبير رضى الله عنهم . ولم ينكر عليهما أحد بل أخبر ابن عباس أن ذلك من السنة .

وأما قولهم إن التطوع لا يستقط الفرض وإن كلا الصلاتين مشروع فلا تنفى إحداهما عن الأخرى - فحل ذلك ما لم يرد شرع يجب المصير إليه وقد ثبت مما تقدم صحة ورود السنة بالترخيص فتعين المصير إليها .

وبهذا ظهر أن القول الأول هو أرجح الأقوال في هذه المسألة وهو ما نختاره ، والله أعلم

كلية الشريعة
لجنة تنظيم البحث والنشر

محاضرات في الفقه المقارن
بين المذاهب الإسلامية
لطلاب السنة الرابعة

مؤتاد برر المتولى عبر الباط

طبعة كلية الشريعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(*) المبحث الأول : « في انتفاع المرتهن بالعين المرهونة »

تمهيد : قبل أن نعرض لهذا البحث يجب أن نعلم أن هناك أموراً متفقاً عليها بين العلماء تصل بهذا المبحث ، منها :

أولاً : أن عقد الرهن عقد استيثاق يقصد به ضمان حق الدائن لدى المدين وأن الدائن المرتهن مقدم على غيره من الغرماء في استيفاء حقه من هذه العين المرهونة ^(١) .

ثانياً : أن عين الرهن ومنافعه المتصلة والمنفصلة المتولدة وغير المتولدة مملوكة للراهن لا للمرتهن .

ثالثاً : أن نفقة العين المرهونة مطلوبة من الراهن لا من المرتهن ، لأن العين ملكه كما تقدم .

إذا عرف هذا فنقول : إن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة إما أن يكون بإذن من الراهن أو بدون إذن منه : فإن كان بإذن منه فكم حل هذا الانتفاع أو عدم حله فيه اختلاف وتفصيل بين المذاهب المختلفة .

(١) روى عن الحنفية ثلاث روايات :

الأولى : جواز انتفاعه به سواء كان الإذن مشروطاً في صلب عقد الرهن أم لا ؛ لأن المنفعة - كما قلنا - مملوكة للراهن فله تملكها من يشاء وقاساً على تملكها للأجنبي .

(٥) هذا المبحث اشترك معي به زميلي المحرم "شيخ محمد علي العيب

(١) وإلى هذا ذهب القاذن المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

تراجع الساتين ١٠٣٠ ، ١٠٩٦

الرواية الثانية : أنه لا يحل للمرتحن الانتفاع بالرهن إن شرط في العقد : لأن الدين إن كان قرضاً فقد جر نفعاً ، وهو ممنوع ؛ لأن الربا شرعاً هو الفضل الخالي عن عوض بعقد ؛ فالمنفعة المشروطة فضل خال عن عوض بعقد ، والمقرض ليس له عند المقرض سوى القرض ، وإن كان الدين سيبه بيع أو إجارة أو غير ذلك من أسباب المداينة فهو في معنى القرض ؛ لأنها كلها ديون لازمة في الذمة فيكون الانتفاع في مقابلة الأجل ، ولا معنى للربا غير ذلك ؛ وأما إن كان الإذن في الانتفاع لاحقاً للعقد فإنه يحل ؛ لأنه إذن مستقل فيكون تبرعاً بحتاً .

الرواية الثالثة : عدم الجواز والحل مطلقاً سواء كان الإذن مقترناً بالعقد أم لاحقاً له . وهذه الرواية مروية عن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندي ، وذلك لأنه إذن بالربا ، لأن الدائن المرتحن يستوفي دينه كاملاً فبقب له المنفعة فضلاً فيكون ربا ^(١) .

وإذا علم أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وأن الدائن إنما يريد الانتفاع وأنه لولاه لما دفع إلى الراهن شيئاً إذا علم هذا علمت أنه لا فرق بين الرواية الثانية والثالثة ، وأنهما متفتتان على المنع اللهم إلا إذا كان الإذن غير مقصود ولا ملاحظ عند التعاقد ، فإن الفرق بين الروايتين يكون واضحاً هذا الكلام إذا كان الإذن بالانتفاع بالبحان ، وأما إن كان يبدل فقواعد مذهبهم تقضي بالمنع إن كان في صلب العقد لأن من أصول مذهب الحنفية

(١) كتاب مقارنة المذاهب للشيخين محمود شلتوت ، وعبد السائس ، ص ١٤٧ ، ١٤٨ مطبعة وادى الملوك سنة ١٣٦٧ ، ١٣٦٨ هـ ، مع شيء من التصرف والتوضيح : حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ٣٢ المطبعة الأميرية .

مساد كل صفقة في صفقة ، وأما إن كان غير مقترن بعقد المدايعة فإن الرهن
ينسد وتصبح إجارة ، وتفرق بين الحالتين فإن يد المرتهن عندهم يد ضمان ،
ويد المستأجر يد أمانة ثم لا يعود إلى الرهن إلا بعقد جديد ^(١) .

(٢) وذهب الإمامية والزيدية إلى أنه لا يجوز انتفاع المرتهن بالعين
المرهونة بالمجان كما تقدم والظاهر من عباراتهم أنه يجب أجره المثل حتى ولو
كان بالإذن ويتقاصن وقد صرح في الروضة البهية أنها يأثم ^(٢) .

(٣) وذهب الشافعي وأحمد إلى أنه إن كان الدين الذي به الرهن قرضا
لا يجوز ، لأنه قرض جر نفعاً ، وإن كان غير ذلك ككتمان مبيع أو أجره
دار جاز ، لأن النهي ورد في القرض خاصة فيبقى ما وراءه على أصل الحل ^(٣) .
(٤) و أفق مالك الشافعي وأحمد في القرض ، وأجاز في غيره بشرطين .

(الأول) أن يكون الإذن بالانتفاع في صلب عقد المدايعة سوى القرض
كعقد البيع ، لأنه إذا كان كذلك كان بيعاً وإجارة في عقد واحد وهو جائز
عنده ، فتسكون المنفعة جزءاً من الثمن .

(الشرط الثاني) أن تكون مدة الانتفاع معلومة فلا يصح أن يشترط
في العقد الانتفاع بالعين ما دامت مرهونة ، بل لابد من تحديد المدة كسنة

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٥ ص ٣٤٠ .

(٢) يراجع كتاب الخلاف لأبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ص ٢٣٦

ج ١ طبع حجر بإيران والروضة البهية شرح الدعة الدمشقة ج ١ ص ٣٥٥
مطبعة دار الكتاب العربي بمصر ، والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار
ج ٤ و ١١١ ص ١١٨ - ١٢١ مطبعة أنصار السنة المحمدية مكتبة الخانجي .

(٣) مذكرة الشيخين شلتوت : السائيس ص ١٤٨ .

أو شهر مثلا ، لئلا يلزم جهالة الثمن لأننا اعتبرنا المنفعة جزءا منه ، هذا وقد قارا : إن كان الإذن بعد العقد وكان بدون عوض فهو هدية المدين لدائنه وهو ممنوع ، لأن فيه شبهة الربا ، وأما إن كان الإذن بالانتفاع بعوض فإن كان بأجر المثل فهو جائز وإن كان بأقل منه فهو محاباة المدين للدائن وهو ممنوع لما تقدم ^(١) .

والذى نختاره هو عدم جواز انتفاع المرتن بالرهن بالمجان ، لأنه إن كان الدين قرضا فتكون المنفعة فضلا خاليا عن عوض ولا معنى للربا سوى ذلك ، وكون الإذن فى صلب العقد أو لاحقا له ولكنه ملحوظ عند التعاقد لا يغير من الواقع شيئا ، وإن كان الدين غير قرض فهو فى معنى القرض ، لأنه انتفاع فى نظير تأجيل الدين ، وهذا فيه شبهة الربا ، وقد علمنا من تتبع أحكام الشريعة كراهة كل معاملة فيها معنى الربا كيبيع السفاج ^(٢) وبيع العينة ^(٣) وكون الإذن فى صلب العقد أو بعده لا يغير من الواقع شيئا .

(١) الشرح الكبير على متن سيدى خليل ج ٣ ص ٢٤٧ مع حاشية المسوقى عليه مطبعة صبيح ومذكرة الشيخين ثلثوت والسايس ١٢٨ بتصرف

(٢) وهى أن يداين إنسانا فى بلد ليتقاضى الدين منه فى بلد آخر ، وهو قرض جر نفعا معنويا وهو أمن الطريق ، (٢) وهو أنواع من البيوع الشككية يعتمد إليها المرابون لأكل أموال الناس بالباطل .

(٣) اتجاه القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ إلى الحد من سلطة انتفاع المرتن بالعين المرهونة إلا بعوض فى حدود الفوائد المصرح بها قانونا ولا يجوز أن يكون انتفاعه بما يؤدى إلى الربا الفاحش تراجع المادتان ١١٠٤ ، ١١٠٥ .

نعم أن وجه التحريم في القرض أظهر منه في غيره .
وأما إن كان الانتفاع بالعين المرهونة بإذن الراهن بعوض فإن كان العوض
مجزئيا وكأجر المثل فهو جائز ولا حرمة في ذلك ويكون الدائن كالأجنبي
بلا شبهة في هذا لأنه لا محابة ولا استغلال .

وأما إن كان الأجر دون أجر المثل ففيه - كما قلنا - شبهة الربا ، والاحتياط
في هذه المسألة أن نقول بالخطر ولو في أقل مراتبه وهو الكراهية ، فإتينا
لو أبجنا للدائنين استغلال العين المرهونة مجانا أو بعوض غير مجز لا نتخذ أرباب
الأموال عقد الرهن سيفا مصلتا على رقاب المدينين يسلبونهم حق الانتفاع
بملكهم ^(١) .

ما تقدم كله في حالة الانتفاع بإذن الراهن ، وأما إن كان الانتفاع بغير
إذنه ففيه تفصيل واختلاف بين الآئمة . ويان ذلك :

أن العين المرهونة إما أن تحتاج إلى مؤونة لحفظها وبقائها أولا ، فإن لم
تحتاج إلى مؤونة كالدار الجديدة فالإجماع منعقد على عدم حل انتفاع المرتهن
بها بأي شكل من الأشكال : وذلك لأن الكل يجمع - كما تقدم - على أن العين
ومنافعها ملك للراهن ، فيكون انتفاعه بغير إذنه أكلا لمال الغير من غير
رضاه وهو محرم لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، ولقوله صلى الله عليه وسلم
فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه (لا ينلق الرهن من صاحبه الذي رهنه
له غنمه وعليه غرمه) أخرجه الحاكم وابن ماجه وابن حبان في صحيحه .

وأما إن كانت العين تحتاج إلى مؤونة فإما أن تكون حيوانا أولا وإن

كانت حيوانا فيما أن يكون مركوبا أو مخلوبا أولا . إذا عرفت هذه الأقسام فإليك آراء الفقهاء في حكم انتفاع المرتين بها بدون إذن الراهن :

(١) ذهب الحنفية والشافعية والمالكية والزيدية والإمامية في إحدى الروايات عنهم إلى عدم الجواز مطلقا سواء كان حيوانا مركوبا أو مخلوبا ، أو غير مركوب أو مخلوب ، أو كان غير حيوان وإن احتاج إلى المؤونة^(١) .

(٢) وذهب أحمد وإسحاق بن راهويه والحسن والإمامية في بعض الروايات عنهم إلى جواز انتفاع بالمركوب والمخلوب خاصة في نظير نفقته وظاهر عبارتهم أن هذا في مقابلة هذا من غير مقاصة^(٢) .

(٣) ونقل حنبل عن أبيه جواز ذلك في الحيوان خاصة^(٣) ، ولكن نقل في المغني عن أبي بكر من علمائهم أن حنبلا خالف الجماعة ، وأن المذهب هو الاقتصار على المخلوب والمركوب ، ونقل هذا عن الإمامية^(٤) .

(٤) ونقل عنهم أيضا جواز ذلك في كل ماله مؤونة ويتقاصان^(٥) .

(١) تراجع مذكرة الشيخين شلتوت والسايس ص ١٤٨ ، وشرح الجلال المحلى على متن المنهاج للنووي مع حاشيتي قليوبى وعميرة ج ٢ ص ٢٧٥ مطبعة محمد على صبيح ، والمغنى لابن قدامة الحنبلى مطبعة المنار سنة ١٩٤٨ ج ٤ ص ٤٣١ وكتاب الخلاف للطومى ج ١ ص ٢٣٥ والمختصر النافع في فقه الإمامية ص ١٣٨ طبعة وزارة الأوقاف المصرية والبحر الزخار ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢٢ (٢) مذكرة شلتوت والسايس ، والمغنى لابن قدامة ، والبحر الزخار ، والمختصر النافع .

(٣) المرجعين الأولين ، والمختصر النافع .

(٤) المختصر النافع .

(٥) المختصر النافع .

هذه هي المذاهب وإليك أدلة كل مذهب، ثم نذكر بعد ذلك ماهو المختار.
دليل الجمهور :

استدلوا بالكتاب و"سنة والمعقول : أما الكتاب فقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، وأما السنة : فحديث أبي هريرة المتقدم ذكره في المسألة المجمع عليها ، ووجه الاستدلال بالآية والحديث كما تقدم ؛ وأما المعقول . فلأن المنفعة ملك للراهن ، يتصرف المرتهن بغير إذنه غصب لما لك الغير فيجب الضمان ويكون آثما .

دليل أحد ومن معه :

استدلوا بالسنة ، وهو ما رواه الجماعة إلا مسلما عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الظاهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن اللز يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة » .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه جعل منفعة الرهن من ركوب وحلب بنفقته وهو المدعى ؛ ولا يقال : إن المراد به الراهن ينفق وينتفع ، لأن انتفاع الراهن ليس بطريق المعاوضة ، بل بحكم الملكية ؛ فلا تتصور المعاوضة بين المنفعة والنفقة إلا فى المرتهن خاصة ، وقد وقع التصريح بذلك فى رواية أخرى عند حماد بن سلية بلفظ : « إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها ، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا » .

دليل رواية حنبل عن أبيه :

أنه ألحق باقى أنواع الحيوان بالركوب والمحلوب بطريق دلالة النص وفوى الخطاب ، لأن المعنى فى غير الركوب والمحلوب هو نفس المعنى فهما

وليس الإلتحاق بطريق القياس حتى يقال إنه قياس على أمر ثبت على خلاف الأصل .

دليل من عدم الانتفاع بقدر النفقة :

هو أيضاً ما ذكرناه في الاستدلال للذهب السابق مع التوسع في دلالة النص ؛ فإن مناط الحكم في المنصوص عليه ، وهو المراكوب والمحلوب مساوٍ في كل ما احتاج إلى نفقة .

هذا ولكن الخاتبة وقفوا عند ظاهر النص ؛ ولم يتوسعوا في تطبيقه ، نظراً لأن هذا الحكم جاء على خلاف أصل من أصول التشريع العامة ، وهو عدم تصرف الأجنبي في ملك الغير بغير إذنه .

مناقشة الجمهور لدلائل الخاتبة ومن توسعوا في تطبيق الحديث الذي تمسكوا به :

قالوا : إن الحديث الذي تمسك به الخاتبة ومن لف لفهم ورد على خلاف الأصول الشرعية ، ويان ذلك من وجهين (الأول) التجوز لغير المالك أن يركب أو يشرب بغير إذن المالك وهذا مخالف لصريح قوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ، كما هو مخالف لصريح حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم : « ولا تجلب ماشية امرئ بغير إذنه » ، ولا يجلب مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه ، رواه البخاري وغيره . (الوجه الثاني) التضمن بالمنفعة لا بالقيمة ، والمعروف في الشرع غير هذا ، فإن المثل يضمن بمثله ، والقيمي بقيمته .

هذا على أن ابن عبد البر ادعى نسخ حديث أبي هريرة الذي تمسك به الخاتبة بحديث ابن عمر المذكور آنفاً .

وقد أجلب الشوكاني عما قاله الجمهور مؤيدا لرأى الحنابلة بما حاصله :
أن دعوى مخالفة حديث أبي هريرة للأصول التشريعية غير صحيح ، لأن السنة
الصحيحة من جملة الأصول الشرعية ، بل هي المصدر الثاني من مصادر التشريع
فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع ، وأما حديث ابن عمر رضى
الله عنهما فإنه عام ، وحديث أبي هريرة رضى الله عنه خاص ، فبنى العام على
الخاص ؛ والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضى بتأخر الناسخ على وجه يتعين
معه الجمع ولا يثبت النسخ بمجرد الاحتمال مع الإمكان ^(١) .

مناقشة الحنابلة لأدلة الجمهور :

أما الآية : فإن إذن الشارع المستفاد من الحديث يخرج عن كونه أكل
أموال الناس بالباطل ، وأما حديث ابن عمر فقد قال الشوكاني إنه مختلف
في وصله وإرساله ووقفه ورفع ، فلا ينهض معارضا لحديث أبي هريرة :
الظهر يركب الخ ، ومع التسليم بخلوه عن أية علة قاذحة ، فإن الحنابلة يقولون
بموجبه ، ويان ذلك أن النخاء للراهن ، ولكن للرتن ولاية صرفه إلى النفقة
لثبوت يده عليه وولايته ، كما صرح بذلك ابن قدامة في المفتى ^(٢) .

الرأى المختار :

بعد ذكر الأدلة لجميع المذاهب ومناقشتها لعله قد اتضح لك كما اتضح لنا
وجهة مذهب أحد ، إلا أننا نزيد على ذلك إلحاق غير المركوب والمحلوب
من كل ما يحتاج إلى نفقة بالمركوب والمحلوب ، كالثور والدار المحتاجة إلى
النفقة ، وهذا الإلحاق ليس بطريق القياس حتى يقال : إنه قياس على حكم

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥

(٢) المفتى ج ٤ ص ٤٢٢

شرع على غير القياس ، بل الإلحاق بطريق دلالة النص ونحوى الخطاب ، وما يسمى عند بعض الأصوليين بمفهوم الموافقة .

والذى يجعلنا على اختيار هذا الرأى هو - أولا : قوة دليله ، وثانيا : لأن العمل به فيه تيسير على الراهن والمرتهن ، وحفظ لحق كل منهما ، ولا سيما إن امتنع الراهن عن النفقة وتعذر رفع الأمر إلى القاضى ، وكلنا يعلم تعقيد التقاضى ، ولا سيما فى هذه الأيام .

وتزيد على ما تقدم أيضا أن الانتفاع يكون بقدر النفقة ويتقاصان فإن زاد خصم من الدين بقدره ، فهذا أقرب إلى العدل ، وفيه تنفيذ لقوله صلى الله عليه وسلم ، وهو : « إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها ، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا ، كما أن الأخذ بهذا الرأى فيه إحياء للرهن ، ولا شك أن من مقاصد الشريعة المحافظة على الأموال ، وعدم تعريضها للهلاك والضياع . والله - سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(١) أخذ القانون المدنى المصرى بما يؤيد هذا الرأى ، تراجع الفقرة

الثامنة من المادة ١١٠١

مبحث الشفعة (٥)

تمهيد :

أجمع العلماء سلفا وخلفا على مشروعية الشفعة لما فيها من دفع ضرر الدخيل الجديد وهذا التشريع من محاسن الشريعة الإسلامية ، ولم يشذ عن ذلك أحد إلا أبو بكر الأصم فإنه منعها بحجة أنها تؤدي إلى الضرر فيمتنع الناس عن الشراء خوفا منها ، ولأن عمومات بعض النصوص تدل على أنه لا تملك إلا بتراض كقوله تعالى : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ^(١) ، ولا شك أن هذا القول مردود لأنه أولا : يخالف للإجماع السابق عليه واللاحق له . وثانيا : لأن النصوص الواردة فيها وإن كانت آحادا إلا أنها باجتماعها ترتفع إلى درجة التواتر المعنوي وثالثا : فإن العمومات التي تمسك بها مخصصة بأشياء كثيرة كنزع الملكية للنافع العامة والفسخ بالعيب أو الغرر ، ورابعا : لأن ما في الشفعة من المنافع أكثر من منعها أضعافا مضاعفة ، وقد علمنا من تتبع أحكام الشريعة الغراء أنها تراعى المنفعة الراجعة وتلغى الضرر المرجوح ، وكذلك تراعى الضرر الراجح وتلغى النفع المرجوح ، وهذا أصل ينبغي لمن تعرض للفقهاء أو التشريع أن يراعيه .

وأیضا فإن التملك بالشفعة ليس أكلا لأموال الناس بالباطل بعد أن اذن الشارع فيه .

(٥) اشترك معي في هذا البحث أخى المرحوم الشيخ محمد علي الديب

(١) البحر الزخار ج ٤ ص ٢٠

هذا وسيفتصر بحثنا في هذا المبحث على أمرين أولهما : في أى شيء تثبت الشفعة ؟ وثانيهما : لمن تثبت الشفعة ؟ وإليك يانها :

في أى شيء تثبت الشفعة ؟ :

إذا أسقطنا من حسابنا أبا بكر الأصم فإن الفقهاء جميعا متفقون على ثبوت الشفعة في العقار القابل للقسمة ، واختلفوا فيما سوى ذلك من العقار الغير القابل للقسمة أو المنقول . وإليك آراء الفقهاء في ذلك مع أدلتهم :^(١) ذهب مالك والشافعي في أصح الروايات عنها إلى أنه لا شفعة في العقار الذي لا يقبل القسمة بأن تبطل منفعة المقصودة منه كحمام ورحا^(٢) . وقد بنى هذا القول كما قال الجلال المحلى في شرحه للمهاج على أن علة ثبوت الشفعة هو دفع ضرر مؤوثة القسمة أى أجرة القاسم والحاجة إلى إفراد الحصة الصائرة له بالمرافق كالمصعد والمنور والباعة ونحوها .

واستدل لهذا القول أيضا بأن الآثار الواردة في الشفعة إنما وردت في العقار القابل للقسمة فيبقى ما وراه من العقار الغير القابل لها أو المنقول على أصل المنع ، ولا سيما أن الشفعة قد ثبتت على خلاف القياس فيمكن فيها على مورد النص .

ومن هذه النصوص ما رواه أحمد والبخارى وابن ماجه عن جابر ابن عبد الله رضى الله عنه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) ومنها أيضا

(١) البحر الزخار ج ٤ ص ٣ .

(٢) الشرح الكبير على متن خليل للمالكية ج ٣ ص ٤٧٧ . وشرح

المهاج للجلال المحلى مع حاشيتي القليوبي وعميرة ج ٣ ص ٤٣ .

مارواه مسلم والنسائي وأبو داود عن جابر أيضا (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، ومنها أيضا ما رواه عبد الله بن أحمد في المسند عن عباد بن العباد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور) .

ووجه الاستدلال بهذه النصوص أن النصين الأولين صريحان في أن الشفعة تجرى فيما تجرى فيه القسمة ، وهذا يؤذن أن للقسمة مدخلا في تعليل مشروعية الشفعة ، وأن النص الثالث صريح في أن الشفعة في الأرضين والدور وهى - كما نعلم - مما تقبل القسمة وإذا كانت النصوص واردة في العقار القابل للقسمة فيبقى ما سواه على أصل المنع لأنه كما قررنا - أكثر من مرة - أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل فيمكن فيها على مورد النص .

(٢) وذهب باقى العلماء إلى ثبوتها في العقار مطلقا وهو قول لمالك والشافعى وقد استدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول : أما المنقول فلأن حديث جابر الذى رواه مسلم والنسائي وأبو داود مطلق ففيه أن الشفعة في كل ربع أو حائط من غير تقييد بكونها تقبل القسمة أو لا تقبل ، وكذا يقال في حديث عباد ، وكفى من أرضين ودور لو قسمت لما انتفع بها الانتفاع المقصود منها .

وأما المعقول : فلأن الضرر الحاصل من الدخيل الجديد فيما لا يقبل القسمة أقوى وأعظم فقد يتحمل الإنسان مؤونة المقاسمة فيما يقبل القسمة ليستريح ولكن لا يحتمل ضرر هذا الدخيل فيما لا يقسم ، وهذا واضح : ولو أن النص كان صريحا وقاطعا في إثبات الشفعة فيما يقسم وسكت عما لا يقبل القسمة لكان إثباتها فيه بطريق دلالة النص وغوى الخطاب وغاية ما في

النصوص التي ساقوها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الأشياء القابلة للقسمه وهذا لا يدل على قضائها فيما لا يقبل القسمه ، فكل هذه النصوص وقائع أحوال وهي كما قرر الأصوليون لا تدل على نفي الحكم في غير هذه الأحوال .

(٣) وذهب مالك إلى أنها كما ثبتت في العقار ، ثبتت في المنقول الذي يتصل به اتصال قرار كالبناء والنخل والأشجار كأن تكون الأرض مملوكة لشخصين على سبيل الشبوع وعليها مبان أو نخل أو أشجار ثم باع أحد الشريكين نصيبه من البناء أو الأشجار أو النخل أو أن تكون الأرض مستأجرة أو محكرة فباع أحد الشريكين نصيبه من البناء أو الأشجار ، وكذلك ثبتت عنده في أثمار لا تبعا للعقار في إحدى الروايتين عنه ، كذلك نقل عنه ثبوتها في الرحا والسفن من كل منقول له صفة الدوام والاستمرار مدة طويلة ، ولعله بنى قوله هذا على أن المعنى في مشروعية الشفعة هو دفع ضرر شديد من دخيل جديد ، وهذا كما يتحقق في العقار يتحقق في كل شيء فيه معنى العقار كالبناء والأشجار والسفن بل ربما كان في بعض المنقولات أشد منها في العقار ، نلو تصورنا شريكين غير متفقين يملكان سفينة أو مافي معناها لتصورنا ضرراً أفدح من مشاركتها في أرض أو دار .

(٤) وذهب الزيدية وبعض الإمامية وعلى رأسهم الشريف المرتضى إلى ثبوت الشفعة في كل شيء : عقاراً كان أو منقولاً ، ومنهم من استثنى من ذلك المكيل والموزون لسهولة اقتسامهما^(١) .

واستدل القائلون بهذا بما أخرجه الترمذى عن ابن عباس رضى الله عنهما

(١) كتاب الخلاف للطوسى ج ١ ص ٢٦٢ ، والبحر الزخار ج ٤ ص ٤

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الشريك شفيع والشفعة في كل شيء » ، وحكى في الشفاء عن أنس بن مالك رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : الشفعة في الدار وفي الفرس وفي كل شيء ، ^(١) ، وقالوا أيضا أن المعنى الذى لأجله شرعت الشفعة وهو دفع ضرر الدخيل كما يتحقق في العقار - كذلك - يتحقق في المنقول .

(٥) ذهب جمهور الفقهاء عدا من ذكرنا ، وكذا الإمامية في أظهر الروايات عنهم إلى منع الشفعة في المنقول مطلقا ، ولا تجرى في البناء والأشجار إلا إذا بيعت تبعا للأرض ، وحجتهم في ذلك أن الأصل في التشريع هو عدم التملك إلا عن تراض ، وقد شرعت الشفعة على خلاف هذا الأصل التشريعى الهام استثناء فيمكن فيها على مورد النص والنصوص الصحيحة المعتبرة إنما وردت في العقار فقط ، وأما الحديث المروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقد أخرجه الترمذى فقط ولم يصححه ، وقد قال صاحب كتاب جواهر الأخبار إن الأصح روايته مرسلا ، وأما حديث أنس المذكور آنفا فلم يخرج في كتاب من الكتب المعتبرة ، هذا فيما يتعلق بالمنقول .

== وأما المعقول فلأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر بليغ من الدخيل الجديد وهذا الضرر البليغ لا يكون إلا في الشيء الدائم وهو العقار أو ما في معناه . هذا والرأى المختار عندنا : هو ثبوتها في العقار كما ذهب إليه جمهور الفقهاء وفي الأشياء المتصلة به اتصال قرار ، وفي المنقول الذى يشبه العقار في طول بقائه كالسفن ، ومنها فيما عدا هذا ، وهو رأى مالك ، وإنما اخترنا هذا الرأى لقوة دليل الجمهور وضعف الحديث الذى تهسك به القائلون بعموم

(١) جواهر الأخبار والآثار المذيل به كتاب البحر الزخار ج ٤ ص ٤٣ ،

ثبوتها في كل شيء ، وإنما ألحقنا ما ألحقنا من البناء والأشجار والسفن وما في معناها لأن المعنى الذى شرعت لأجله الشفعة واضح جدا في هذه الأشياء .
فيكون الإلحاق بدلالة النص لا بالقياس .

وان القول بتعميم الشفعة في كل شيء . يؤدي إلى ارتباك المعاملات واضطرابها ولا شك أن الاستثناء من أصل تشريعى هام وهو التملك عن تراض لا يكون لمجرد دفع ضرر ما ؛ بل لا بد وأن يكون لدفع ضرر عظيم وهو لا يتحقق إلا في العقار أو ما في معناه .

الموضوع الثانى : لمن تثبت الشفعة ؟ :

(١) اتفق الفقهاء قاطبة على ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع . ومنع جمهور الفقهاء ثبوتها لغيره من الشريك في حقوق المبيع كالطريق الخاص والمسيل وجميع حقوق الارتفاق الخاصة كما منعوا ثبوتها للجار ، وإلى هذا ذهب من الصحابة عمر وعلى رضى الله عنهما ومن التابعين عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ويحيى بن سعيد الأنصارى ، ومن الفقهاء مالك والشافعى وأحمد وربيعة الرأى والأوزاعى وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وهو الرواية المعتبرة عند الإمامية .

(٢) وذهب جماعة من الإمامية وسوار بن عبد الله القاضى وعبيد الله ابن الحسن العنبرى إلى أنها كما تثبت للشريك في نفس المبيع تثبت للشريك في حقوق الارتفاق ولكن لا تثبت للجار إلا إذا كان شريكا في حقوق الارتفاق ، وهذا القول ظاهر اختيار الشوكانى في نيل الأوطار .

(٣) وذهب أبو حنيفة رضى الله عنه والزيدية إلى أنها تثبت للشريك في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق ارتفاقه ثم الجار الملاصق ، وإلى ثبوتها

لهؤلاء الثلاثة ذهب ابن شبرمة والثوري إلا أن الزيدية قنعوا الشركة في الشرب على الشركة في الطريق .

هذه هي مذاهب فقهاء الأمصار فيمن تثبت له الشفعة ^(١) .

وإليك أدلة كل مذهب ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

أدلة الجمهور :

استدلوا بالمنقول والمعقول .

فأما المنقول : فأول ما رواه أحمد والبخاري وأبو داود وابن ماجه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم « قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ، وثانيا ما رواه عبد الله بن أحمد في المستد عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم « قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور » .

ووجه الاستدلال : أنه نفي الشفعة حيث وقعت الحدود وصرفت الطرق . وإذا كان الشريك بعد القسمة لا شفعة له ، فبالأحرى الجار الذي لم يكن شريكا ، والشريك إذا قاسم أصبح جارا ، والحديث صريح بأنه لا شفعة بعد القسمة . وأما الحديث الثاني فهو صريح في إثبات الشفعة بين الشركاء ، والشفعة كما تقدم - تثبت على خلاف الأصل فيمكن فيها على مورد النص .

وأما المعقول : فلأن الشفعة شرعت لدفع ضرر مؤونة القسمة من أجرة

(١) يراجع حاشية ابن عابدين على الدرر المختار ج ٥ ص ١٤٤ ، وحاشيتي القليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج ج ٣ ص ٤٣ ، والشرح الكبير للدردير على متن خليل ج ٣ ص ٤٧٤ وما بعدها ، والبحر الزخار ج ٤ ص ٦٠ ، وكتاب الخلاف للطوسي ج ١ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

القسم أو إيجاد مصعد أو منور أو بالوعة أو غير ذلك ، وهذا المعنى إنما يتحقق في الشريك في نفس المبيع دون غيره .

دليل القائلين بثبوتها للشريك في حق المبيع كثبوتها للشريك في نفس المبيع :

استدلوا بما رواه الخمسة إلا النسائي عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقها واحدا ، والحديث صريح في إثبات الشفعة للجار بشرط اتحاد الطريق ؛ ولا شك أن الشرب وجميع حقوق الارتفاق كالطريق ، بل إن الزيدية - كما تقدم - يقدمون الاشتراك في الشرب على الاشتراك في الطريق لأن الخلطة فيه أقوى ، ولأن الشريك في الطريق له أن يفتح ماشاء من النواذ على الطريق الخاص ، بخلاف الشريك في الشرب فليس له أن يزيد من فتحه المعتادة على أرضه ، كما علل بذلك في البحر الزخار ^(١) دليل الخفية ومن معهم ممن أثبتوها للجار كما أثبتوها للشريك في نفس

المبيع والشريك في حقه :

استدلوا بالسنة والمعقول ؛ أما السنة : فأولا ما رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « جار الدار أحق بالدار من غيره ، وثانيا ما رواه أحمد والنسائي وابن ماجه عن الشريد ابن سويد قال : قلت : يا رسول الله : أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ، يقال : الجار أحق بسقبه ^(٢) ما كان ، وثالثا : حديث أبي رافع ، وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الجار أحق بسقبه ، وهو حديث متفق عليه .

(١) ج ٢ ص ٦

(٢) السقب والصقب القرب والملاصقة .

وأما ما استدوا به من المعقول : فهو أن المعنى الذى ينبغى أن يعطى
تشریع الشفعة هو دفع ضرر بليغ من الدخيل الجديد ، وهذا المعنى كما يتحقق
في الشريك كذلك يتحقق في الجار ، فإن أضرار جيران السوء كثيرة ومعروفة
وكم فر قوم من سكنى دورهم لمجاورة جيران السوء لهم ، وكم أهمل قوم استغلال
أطيانهم فراراً من جيران السوء ، وهذه أمور مشاهدة ملبوسة .

مناقشة أدلة الجمهور الذين قصروها على الشريك المخالط .

أورد عليهم أن قوله (إذا وقعت الحدود الخ مدرج من قول الراوى فلا
يصلح دليلاً . ورد على هذا بأن الأصل عدم الإدراج ؛ على أنه قد ورد مصرحاً
بإسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود وابن ماجه عن
أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا قسمت
الدار وحدث فلا شفعة فيها ، وعلى هذا فلا إدراج .

وأورد عليهم - كذلك - أن غاية ما أفادته الأحاديث هو إثباتها للشركاء ،
ولكن لم تنفها عن عداهم ، وأجيب بأن قوله إذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة ، نكره في سياق النفي فتعم :

وأورد عليهم أن المعنى الذى ساقوه لا يصلح أن يكون مقتضياً لترك
أصل من أصول التشريع الهامة ، فليس كل ضرر مما يدعو إلى ترك هذا
الأصل وهو التملك عن تراض بل المعنى الذى يليق في هذا المقام هو المعنى
الذى ذكره المخالفون ، ولعلمهم يدعون أن مؤونة المقاسمة ضرر بليغ ، وهو
كما ترى .

مناقشة الجمهور لأدلة الخفية :

قالوا : إنه - جمعا بين الأدلة - ينبغى أن يحمل لفظ الجار الوارد في

الأحاديث التي تمسكوا بها على الشريك المخالط مجازاً كما أطلق لفظ الجار على المرأة . وهذا التأويل كما ترى بعيد وفيه تعسف .

والرأى المختار عندنا هو مذهب الحنفية :

وذلك لأن الأحاديث في هذا الباب وإن بدت متضاربة إلا أنه من القواعد الأصولية أن إعمال الأدلة كلها متى أمكن أولى من إعمال بعضها وإهمال البعض الآخر ، وإن الأحاديث التي تثبت الشفعة للجار مطلقاً سواء كان شريكاً في حقوق الارتفاق أو ليس شريكاً لها اعتباراً ومكانتها ، ولا يمكن إغفالها ولا سيما حديث الشريد بن سويد فهو نص في الموضوع .

وإن أهم ما تمسك به الجمهور واستندوا إليه قوله صلى الله عليه وسلم (إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) وذلك لأنها - كما سبق - نكرة في سياق النفي فنعلم ، والأحاديث التي تثبت الشفعة للجار خاصة ، ومن المقرر عند الأصوليين ، أنه إن اجتمع عام وخاص في مسألة واحدة حمل العام على الخاص فيكون معنى حديث جابر بعد تخصيصه بحديث الشريد وحديث سمرة وحديث أبي رافع أنه إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة للشريك الذي صيرته القسمة بعيداً غير جار ، وهذا لا ينافي ثبوتها للجار من حيث هو جار بأدلة أخرى .

وأما ما قيل من أن الشفعة شرعت على خلاف الأصل ، وأن الآثار قد تعارضت في الجار فتساقطت فإن هذا القول لا يقبل بعد أن ثبت أنه لا تعارض ، وأن الشفعة ثبتت للشريك في نفس المبيع وللشريك في حق المبيع وللجار بالنصوص لا بالقياس ولا بالاستحسان ولا بأى دليل آخر .

وأما ترتيبهم المتقدم فلأن الضرر من الشريك المخالط أقوى منه في

الشريك في حقوق الارتفاق وهذا أقوى منه في الجار ، وهذا ظاهر والله أعلم :

هذا وقد جرى القانون المصرى المدنى على إثباتها للشريك مطلقا ولكنه أثبتها للجار في العقارات المبنية أو المعدة للبناء دون قيد أو شرط ، أما في غيرها فلم يثبتها له إلا في حالتين :

- (أ) إذا كانت الأرض المشفوعة لها أو عليها حقوق ارتفاق لتجار .
- (ب) أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى قيمتها نصف ثمن المبيعة على الأقل .

^(١) على أن مشروع القانون المدنى الموحد المقترح تطبيقه في إقليمى الجمهورية العربية المتحدة هو قصر حق الشفعة على الشريك فقط أخذا برأى الجمهور ، ومع أن هذا هو الاتجاه القانونى في البلد ، فلا يمنعنا من أن نقرر ما نراه أقوى دليلا وأقوم حجة .

هذا وإنى - رغم ما يقال عن تشريع الشفعة - أرى أن لا تضيق على الناس أمرا وسعه الله عليهم بحجة إساءة بعض الناس استغلال الحقوق التى شرعها الله لهم ؛ وكان فى الإمكان وضع قيود تضرب على يد من أساءوا استعمال هذا الحق ، والشريعة تقر مبدأ تأديب من أساء استعمال حقه حتى آذى غيره ، فإن من مبادئ الإسلام أنه لا ضرر ولا ضرار .

(١) التعليق على مشروع القانون المدنى الموحد هو رأى خاصة ؛ لأن هذا المشروع لم يعرف فى حياة الزميل الراحل فضيلة الشيخ محمد على الديب .

مبحث الولاية في عقد النكاح^(١)

بعد البحث لم نر في هذا الموضوع أو في مآكبه كل من حضرت صاحبي
الفضيلة الأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد السائس ، ولن
نزيد عليه إلا ذكر مذهب الزيدية والشيعة الإمامية ومذهب الظاهرية وإليك
مآكبه الشيخان^(٢) مزيدا عليه ما ذكرنا .

إتفق العلماء على أن للمرأة الرشيدة (البالغة العاقلة الحرة) أن تلي جميع
العقود غير النكاح بنفسها ، وأن توكل فيها من تشاء من غير أن يكون لأحد
حق الاعتراض عليها .

(هـ) هذا المبحث كان قد استقر رأي ورأى زميلي المرحوم صاحب
الفضيلة الشيخ محمد علي الديب على اختيار ما كتبه كل من حضرة صاحب
الفضيلة الأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت والأستاذ الكبير الشيخ محمد علي
السائس لأننا لم نر - وقتئذ - أو في مآكبه ؛ ولكن أحد الزملاء الأفاضل
كتب بعدهما في هذا الموضوع ، وتبع ما كتبا نقضا وإبطالا ، والحق أنه
بذل جهدا كبيرا في تتبعهما ونقض رأيهما ولما كان شأن العلماء في كل عصر
أن يستدرك بعضهم على بعض ، وأن يناقش بعضهم بعضا حتى يسهل الوصول
إلى الحقيقة ، فسأعرض في حواشي هذا البحث لما كتبه الزميل الفاضل وأناقشه
مناقشة المنصف الذي ليس له من غرض سوى الوصول إلى رأى قريب من
الحق ، فالمسائل الظنية كسألنا هذه - لا يمكن القطع فيها برأى جازم ،
والله ولي التوفيق .

(١) مذكورة مقارنة المذاهب في الفقه لشلثوت والسائس من
صفحة ٦٤ إلى ص ٦٤ .

واتفقوا كذلك على أن نكاح الحرة البالغة العاقلة إذا بشره ولها الشرعى مع رضاها يكون صحيحا نافذا .

أما إذا بشرته هى أو وكلت غيرها ^(١) بمباشرة فقد اختلف فى صحته ونفاذه ولزمه ..

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية وزفر إلى صحة هذا النكاح مطلقا ^(٢) (بكرا أو ثيبا بإذن الولى أو بدون إذنه وسواء كان الزوج كفءا أو غير كفء) إلا أن للولى حق الاعتراض فيما إذا كان لغير كفء ما لم تلد أو تحبل جلا ظاهرا ، وروى عن الأولين القول بأنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره ، وقد رجعا عنه إلى ظاهر الرواية .

وذهب مالك ^(٣) والشافعى وأحمد وإسحاق وكثير من العلماء إلى عدم صحة النكاح بعبارة المرأة أصيلة أو وكيلة .

(١) يراد بالغير سوى الولى أما لو وكلت الرلى فىكون صحيحا نافذا إجماعا .

(٢) وهو مذهب على ومالكية وعائشة وعطاء رضى الله عنهم يراجع المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ دار الطباعة المنيرية .

(٣) أطلق الشيخان نسبة هذا القول إلى مالك وربما أشعر هذا الإطلاق أنه لا بد من الولى الشرعى (العاصب) لكل عقد مع أن المعروف فى كتبهم التفرقة بين الشريعة والحسبة ، فالأولى لا بد منه والثانية يكتفى فيها بأى رجل مسلم يراجع الشرح الكبير للردبر ج ٢ ، ص ٢٢٥ ، سنة ٢٢٦ مع حاشية المسوق عليه .

وهذا المذهب هو رأى الكثرة الكثيرة من فقهاء الأمصار سلفا وخلفا
كما هو رأى الزيدية ^(١) وابن حزم ^(٢) .

وزهب داود إلى أنه صحيح إن كانت ثيبا ، وباطل إن كانت بكرأ ^(٣)
وزهب أبو ثور إلى أنه صحيح إذا أذنها الولي ، وباطل إذا لم يأذن ^(٤) .

وقال محمد بن الحسن ؛ هو صحيح موقوف على إجازة الولي إن أجازته الولي
نقد ، وإلا بطل ، ويقول أيضا : إذا امتنع الولي عن الإجازة في الكف .

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ٢٣ ، لكنه في ص ٢٥ منه قال ناقلًا لمذهب
الزيدية : « وتصح إجازة الولي عقدها إذا لم تبرم بإجازته ، فظاهر هذا أن
الشرط بعدم في عقد النكاح أن يتولاه الولي أو يجيزه إن تولاه غيره ،
وهو كما سيأتى مذهب محمد بن الحسن ومذهب أبي ثور .

(٢) المحلى ج ٩ ص ٤٥١ .

(٣) هذا القول منسوب إلى الظاهرية في البحر الزخار ج ٣ ص ٢٤ ، وفي
المحلى ج ٩ ص ٤٥٥ مانصه : « وأما أبو سليمان (يعنى داود) فقال : « أما البكر فلا
يزوجها إلا وليها ، وأما الثيب فتولى أمرها من شاعت من المسلمين ويزوجها ،
وليس للولي في ذلك اعتراض ، وهذا قريب مما ذكر في مذكرة الشيخين ،
إذ الكلام في اشتراط الولي الشرعى ؛ والأجنبي تولى العقد بصفته وكيلًا
عن المرأة لا وليا لها ، وهذا واضح .

(٤) هذا القول منقول - كما أعتقد - من البحر الزخار ج ٣ ص ٢٤ ،
ولكن في المحلى ج ٩ ص ٤٥٥ : « لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها ؛ ولا أن
تزوجها امرأة ، ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز « المؤمنون إخوة بعضهم
أولياء بعض ، أ . هـ .

جحد القاضي العقد ، ولا يلتفت إليه ، وقد روى رجوعه إلى المذهب الأول الذي هو ظاهر الرواية ^(١) .

وذهب الشعبي والزهري ^(٢) إلى أنه صحيح في الكفء وباطل في غيره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة .

هذه جملة ما عثرنا عليه من مذاهب العلماء في هذه المسألة .

• ملاحظة هامة • :

سنذكر مذهب الإمامية ورواياتهم في هذه المسألة ونزد بعد ذلك كل رواية إلى مذهب من المذاهب السابقة .

التيب الرشيدة لا ولاية لأحد عليها من أب أوجد أو سواهما من باب أولى وهذا باتفاقهم جميعا ، وكذلك البكر الرشيدة إن لم يكن أب أوجد . وأما البكر الرشيدة إن كان لها أب أوجد ففيها روايات الرواية الأولى أنها كالتيب ولكن يندب - فقط - إن تيب أخاها أو عمها الخ .

الرواية الثانية : أن الأمر مشترك بينهما فلا يستقل أحدهما بالعقد سواء كان عقدا دائما أو متقطعا (أى نكاح متعة) .

الرواية الثالثة : أن أمرها إلى الأب أو الجد وليس لها معه أمر .

الرواية الرابعة : التفرقة بين النكاح المنقطع والدائم ففهم من اشترط الولي في المنقطع دون الدائم ، ومنهم من عكس ^(٣) .

(١) البدائع ج ٢ ص ١١٧ ، وشرح الزيلعي على الكنز ج ٢ ص ١١٧

(٢) المحلى ج ٩ ص ٤٥٢ نسب هذا القول إلى الزهري فقط .

(٣) كتاب الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٥٦ . وكتاب المختصر النافع للحلي

ص ١٩٧ وكتاب العروة الوثقى للطباطبائي اليزدي ص ٧٨٣ طبعة إيران .

هذه هي أقوال الإمامية في هذه المسألة ومنها يتضح لك أن بعض الروايات تتفق مع مذهب الحنفية في جواز العقد بعبارة المرأة ثيباً أو بكراً متى كانت رشيدة ، وعلى بعض الروايات يكون مذهبهم قريباً من مذهب الظاهرية لفرقهم بين الأب والجد وبين غيرهم من الأولياء .

وأما على القول بأن الأمر مشترك بينهما فهو قريب من مذهب أبي ثور ومحمد بن الحسن لأنه إن عقد الولي فلا بد من إذنها وإن عقدت هي فلا بد من إذن الولي .

وأما تفرقهم بين العقد الدائم والعقد المنقطع فهو رأى خاص بهم لم يقل به أحد سواهم لمنع جميع الفقهاء سواهم عقد المتعة (العقد المنقطع) .

وإذا دققنا النظر وجدنا هذه الأقوال ترجع - إجمالاً - إلى قول بالجواز مطلقاً ، وقول بعدمه مطلقاً ، وقول بأنه موقوف مطلقاً ، وإلى أقوال بالتفصيل فمنهم من اعتبر البكارة ، ومنهم من اعتبر الإذن السابق ، ومنهم من اعتبر كفاءة الزوج كما تقدم .

وإليك أدلة كل مذهب ثم مناقشة هذه الأدلة حتى تصل إلى رأى قريب من الحق .

الأدلة ومناقشتها

أدلة الحنفية ومن معهم القائلين بالجواز مطلقاً :

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب : فقد جاء في غير آية التصريح بإسناد النكاح إلى المرأة ، والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي .

فمن ذلك قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » (١) .

وقوله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف » (٢) .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠ ، وقد اعترض على الاستدلال بهذه الآية بما حاصله أن الأولى حمل النكاح هنا على الوطء لا شرطه في المطلقه ثلاثاً ويحاج على ذلك بأنه لو كان كذلك لو ردت بصيغة المبنى للجهول فإنه لم يسمع لغة قولهم نكحت المرأة زوجها بمعنى وطأته ، وإنما يقال هذا في العقد ، والخفية وإن قاوا النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد لم يمنعوا استعماله كثيراً في العقد ويرشح هذا المعنى في هذه الآية قوله تعالى بعد ذلك « فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا ، ولا شك أن المراد بالتراجع هنا هو عقد النكاح وقد أسند إلى كل من الزوجين والأصل في الإسناد الحقيقة .

واشترط المعاشرة الزوجية الكاملة إنما ثبت بالسنة المشهورة وهو حديث العسيلة لا بالكتاب ، ولعل في هذا كفاية في هذا الموضوع لمن رغب الوصول إلى الحق من غير تعصب .

(٢) البقرة الآية ٢٣٤ وقد اعترض على الاستدلال بها بأن زواجها بدون ولي ليس معروفاً شرعاً ، وأن هذا عين الدعوى فتكون مصادرة ، ويمكن أن يحاج عن هذا بأن المراد بالمعروف هو زواجها دون سفاحها وقد أسند النكاح إليها في قوله « فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » .

وقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » (١) .
وأما السنة :

فأولا ما رواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها » . وفى رواية : « الأيم أحق بنفسها » .
ولابى داود والنسائى : « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتمعة تستأمر وصمتها لإقرارها » .

ووجه الاستدلال : أن الحديث جعل الحق إلى المرأة فى نفسها ؛ ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها ، وهو بعمومه يتناول ما يتعلق باختيار الأزواج وما يتعلق بالعقد ، أما البكر فنظرا لعدم إلفها الرجال وما يغلب عليها - عادة - من الحياء الذى يمنعها من التصريح بالرضا فضلا عن مباشرتها العقد اكتفى الشارع منها ترخيصا لها بما يدل على رضاها .

وليس معنى هذا ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع منها حق مباشرتها العقد الذى ثبت لها بمقتضى قواعد الأهلية العامة ، وذلك لأنه ما دامت البكر بالغة عاقلة كالثيب فى وإياها سواء فيما يختص بأمر النكاح .

وليس للبكرة تأثير فى الحرمان من حق يكفى فى ثبوته العقل والبلوغ كما عهد من الشارع فى سائر الحقوق ، ولا يعدو أثر البكرة المستلزمة للحياء أن يكون هو الاكتفاء منها بما يفيد الرضا ويدل عليه كما نطقت بذلك الأحاديث .

(١) البقرة الآية ٢٣٢ وقد قيل فيها ما قبل فى الآية الأولى والجواب هو الجواب ولنا عودة إلى هذه الآية عند استدلال الشافعية بها .

حتى لو فرض أن بكر ألم تجر على عادة الأبقار ولم يمنعها الحياء أن تصرح
بمرغبتها وأن تبشر حقها بنفسها لما تصورنا في هذه الناحية فرقا بينها وبين
الثيب التي أعطيت كل الحق ، ولما تصورنا معنى يصح أن نحكم به على عقدھا
بالبطلان ، وليس لنا ما نتصوره في هذا الموضوع إلا صيانة المرأة وإبعادھا
عن مجالس الرجال ، وهذا أدب من الآداب الإسلامية العامة التي أباح الشارع
من أجلھا أن توكل المرأة في شئونها من يابشرھا في مجالس الرجال ، فهي
بمجرد رخصة لا يلزم من تركھا إياھا ومباشرة شأنھا بنفسھا أن يحكم على
تصرفھا بالبطلان ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن هذا الحديث وغيره
من أحاديث الاستنثار وأحاديث رد العقد الذي يعقد على المرأة وهي كارهة
تدل صراحة على أن رضا المرأة أمر لا بد منه في النكاح ، وإذا كان الأمر
كذلك فليس من المعقول ولا من المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص شرطاً
في صحة تصرف ثم يحكم ببطلان ذلك التصرف إذا باشره الشخص بنفسه وهذا
هو ما ينبغي أن يلاحظ في وجه استدلال الحنفية ^(١) .

(١) اعترض زميلي الفاضل الشيخ مصطفى مجاهد على استدلال الحنفية
بالأحاديث السابقة في كتابه (بحوث في النقح المقارن) بما حاصله (مع
حرصى الشديد على عدم تشوية فكرته) :

(١) إن لفظة (أحق من وليها) تفيد الاشتراك وزيادة ، وهذا لا يتأتى
مع إعطائها حق العقد ، ويجاب على هذا بأن للولى حق الاعتراض إن أسأت
الاختيار بأن تزوجت غير كفه ، على أنه يمكن أن يقال إنهم لم يقولوا
بسلب الولاية عنه تماماً بل له ولاية اختياريه ، بل يتدب لها ألا تتولى العقد
بل يتولاه وليها .

(٢) أن رسول صلى الله عليه وسلم سماه في الحديث وليا ، فكيف يقال

— بسلب الولاية عنه ؟ والجواب من وجهين الأول أن المراد بالولى في الحديث القريب العاصب وإن لم يكن له حق التصرف في المولى عليه كما في قوله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ، والولى هنا لا يتصرف عن المولى عليه وهو القتل ، لأنه زالت أهليته بالموت .

الوجه الثانى : أن الولاية باقية ولكنها ولاية نذب واختيار ، لا ولاية تسلط وإجبار .

(٣) أنه يلزم على قولهم استعمال لفظ (أمر) الوارد في حديث أبى داود والنسائى - في معنى الشأن ، وهو معنى مجازى ، ولا قرينة عليه .

والجواب أنه على فرض تسليم أن الأمر بمعنى الشأن معنى مجازى فالقرينة عليه حالية ، فإن حال القوم أنهم كانوا يستبدون بشأن المرأة عقداً واختياراً فقال « ليس لولها معها أمر » وهو كما ترى نكره في سياق النفي فنعلم ، على أنه على فرض أن معنى الأمر في الحديث هو الإلزام والإجبار - وهذا خلق بالمنع كما يتبادر من لفظ الحديث - فإن الولى يستمد حقه في العقد منها وبرضاها ، فكيف يكون هذا وهى لا تملك العقد ، ومن المعروف أن فائد الشئ لا يعطيه .

(٤) أنه قد ورد عن أبى هريرة رضى الله عنه فيما رواه الجماعة أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن) الخ . وهذا يدل على أن الولى يكون مستشيراً ومستأمرأ وأن المرأة مستشارة ومستأمرة وهذا يدل على أنه صاحب الحق لا هى .

واعتقد أن فضيلة زميلى الفاضل ما حمله على هذا الاعتراض إلا حبه للجدل ، وإظهاراً لقوة عارضته فيه ، وحديث أبى هريرة هذا حجة عليه ،

ماين الاستمرار طلب الأمر والاستئذان طلب الإذن ، ولا يعطى الأمر والإذن إلا من يملك للمأمور والمأذون فيه ، وهذا يدهى لا يحتاج إلى جدل .
(هـ) قال فضيلة الزميل إن ذكر توجيهين للاستدلال بالأحاديث المذكورة اعتراف منهم بأن التوجيه الأول ضعيف ، وأن الحديث يدل صراحة على شرط الرضا وحق اختيار الزوج دون حق العقد ، وأقول لأخى إن ذكر التوجيه الثانى لا يدل لالة ولا عرفا على ضعف التوجيه الأول ، وإلا فتحن فى حل أن نقول إن تكرار أدلته وتوجيهاته دليل على ضعف ما عدا الأخير منها .

ومع هذا فقد أخذ فى مناقشة التوجيه الأول وأحال على مناقشته لحديث أبى داود ، وقد ذكرت هذه الاعتراضات والإجابة عليها ، ثم زاد على ما تقدم ما يأتى :

أنه على فرض تسليم دلالة الحديث على ثبوت الولاية للثيب فلا يدل على ثبوت الولاية للبكر حيث فرق الله ورسوله بينهما ، وإنى أقول له : إن الحديث فرق بينهما فى الإذن ، فجعل إذن الثيب صريحا ، واكتفى من البكر بما يدل على الرضا من سكوت وغيره ، والحديث - يا أخى - لم يسلب الولاية عن البكر ولا ندلى على لفظ صريح أو مجازى فيه يدل على ذلك - دلى الله وإياك إلى الحق - وما ذكرته من أنه لو كان الأمر كما يقول الحنفية لكان الواجب على أدنى بليغ أن يقول مثلا ، المرأة أحق بنفسها من وليها وإذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ، وإنى أقول لأخى إنه قد ورد فى بعض الروايات الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صحتها ، الأيم حقيقة فى المرأة التى لا زوج لها ومن ذلك قول الشاعر :

« ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا .

واستدل بعجز الحديث فقال ما معناه إذن البكر صمتها خشية أن يقادر إلى أن شأن البكر كشأن الثيب .

ومع هذا فإن الحديث بلفظ الثيب والبكر لا يدل على سلب الولاية عن أحد منهما بل يشترط رهما كل منهما .

ثم اعترض على ما يفهم من كلامهم من انحصار العلة في صيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرجال . ويذكر لذلك علة أخرى وهي أنها غير مأمونة على بعضها لسرعة انخداعها وشبوب عاطفتها ، إلى آخر ما يقال في هذا المقام .

وإني - على فرض التسليم بما قيل - فكل هذه العلل لا تقتضى سلب حقها في ولايتها على نفسها ، بل تقتضى أن يكون هناك إشراف عليها من يهتم أمرها ، وإنها إن أخطأت قوموا خطأها وطلبوا بفسخ تصرفها الخاطيء ، وهذا عين ما ذهب إليه الحنفية .

ثم اعترض على قياسهم عقد النكاح على سائر العقود حيث أباح الشارع لها أن تنيب من تشاء فيها فكذلك النكاح ؛ وقال : إن هذا كلام عجيب حقاً ، إذ مفاده : أن توكيل العاقلين - في جميع العقود - أمر محرم وغير مشروع لأحد ؛ ولكن الشارع أباحه ورخص به للمرأة خاصة ، وفي النكاح خاصة صيانة لها .

واسمح لي - يا فضيلة الزميل - أن أقول لك أن هذا الفهم في كلامهم أعجب .

ثم اعترض على التوجيه الثاني الذي حاصله أن اشتراط الرضا يستلزم عقلاً وشرعاً ثبوت الولاية لها ، بما حصلت أن سلب الولاية أمر تعبدى ، -

واستدل الحنفية من السنة ثانياً بما ورد في تزوجه صلى الله عليه وسلم أم سلمة لما بعث إليها يخطبها إلى نفسها قالت : ليس أحد من أوليائي شاهداً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك . .

فقد دل الحديث على أنه لم يكن أحد من أولياء أم سلمة حاضراً ذلك العقد ، كما هو قولها ، ودل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض بإيداء الكراهة في غير محلها ، وذلك ظاهر في أن اعتراض الولي لا يعول عليه حيث تتوفر الكفاءة ، فضلاً عن أن العقد لا توقف صحته على مباشرة الولي .

وهذا القدر من الرواية قد اتفق عليه رواية هذا الحديث في تزوج أم سلمة رضي الله عنها .

— ونحن مع تسليمنا بأن هناك أحكاماً تعبدية إلا أن الكثرة الكثيرة من الأحكام معقولة المعنى ، ولا سيما المعاملات والعبادات .

ثم سلم بعد ذلك أن هذا الحكم معقول المعنى ؛ وأن العلة المقتضية لسلب ولايتها على نفسها هي الآتونة المقتضية لسفها بالنسبة لبضعها ، وإن أقول له : إن ما ذكره من العلة هو عين المدعى فيكون مصادرة ، فليبحث لنا عن علة أخرى تكون غير المدعى ولكنها تنتج المدعى .

هذا وقد ناقشت زميلي رغبة الوصول إلى الحق ، أو ما هو قريب من الحق من غير أن أعطيه حقه في المجهود الذي بذله في محاولة إبطال هذا الدليل الذي استدلل به الحنفية .

تراجع مذكرة فضيلة الأستاذ الشيخ مصطفى مجاهد (بحوث في الفقه المقارن) من ص ٩٠ إلى ٩٣ ، ومن ص ١٠٠ إلى ١٠٤ الطبعة الأولى مطبعة الاعتصام .

وأما ما روى من زيادة قولها لابنها: «يا عمر قم فزوج رسول الله، أو قوله عليه الصلاة والسلام لعمر هذا: «قم يا غلام فزوج أمك، فغير ثابت، لأن ابنها عمر كان عند تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بها صغير السن ليس أهلاً للتصرف.

والقول بأن هذا من خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم مدفوع بما هو مقرر من أن الخصوصية لا بد لها من دليل خاص^(١).

(١) علق الزميل الفاضل على الاستدلال بهذا الحديث بما يأتي ملخصاً:
أولاً: أن المفهوم من هذا الحديث أن أم سلة اعتقدت أمرين: أولهما: أنه لا يصح أن تزوج نفسها دون أولياتها، وقد أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم على هذا، والاعتقاد الثاني أن أولياتها الأبعدين لا يحق لهم أن يتولوا عقدتها، وقد بين لها هذا الخطأ حيث قال لها كما ورد في بعض الروايات: «مرى غيرك أن يزوجك، وفعلاً أمرت ابنها عمر أو سلة أو غيرها من الأقارب الذين لا تخلوا منهم المدينة أن يزوجها.

ونحن معه في اعتقادها بأن العقد يتولاه الولي، فإننا لا ننكر أن الآداب الإسلامية تدعو إلى هذا، ولهذا قلنا الولايه قسمان: ولاية وجوب، وولاية نذب، والكلام في الولاية الواجبة التي لا يصح العقد بدونها، وقوله صلى الله عليه وسلم «مرى غيرك فليزوجك»، دليل على أن للمرأة أن توكل من تشاء في عقد النكاح إذا لم يباشره بنفسها كما هو الشأن في المحصنات من النساء.

أما أن الوكيل هو ابنها عمر أو سلة أو غيرها فهو كما ترى مضطرب الرواية والقدر المجمع على صحته هو ما ذكره الشيخان شلتوت والسائس في مذكرتهما.

وأما المعقول فقالوا : من الين أن عقد النكاح له مقاصد أولية تختص بالمرأة لا يشاركها فيها أحد من الأولياء ، وذلك كل الاستمتاع ووجوب النفقة والسكنى وما إليها من الحقوق الخاصة التي تكتسبها المرأة بهذا العقد ، وله وراء تلك المقاصد فوائد أخرى للأولياء ، فيها بعض الشأن كالمصاهرة التي يتوقف كمالها على مراعاة الكفامة ، والأصل في هذا العقد أن يتولاه من يختص بمقاصده الأصلية ، ويكفي في مراعاة ما للغير من حق ثانوى أن يمنح حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن مظنة للفوائد التي قد تعود إليه .

وهذا ما يريده الخفية من قولهم : إنها تصرف في خالص حقها ، وهي من أهلها (أى العقد) لكونها عاقلة بالغة رشيدة ، ولهذا كان لها حق التصرف في المال ، ولها اختيار الأزواج ، وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة .

— وثانيا : حاول أن يثبت أن هذا من خصوصياته صلى الله عليه وسلم بحجة أنه إذا خالف فعله صلى الله عليه وسلم قوله ، دل ذلك على الخصوصية ، وعلى فرض تسليم أن الذى تولى عقدها هو ولدها عمر وهو أصح الروايات وأكثرها قبولا - رغم معارضة غيرها لها - فإنه لم يثبت أنه كان كبيرا قطعا وغاية ما يفهم من إجابة الإمام أحمد ابن حنبل حينما سئل عنه : أليس كان صغيرا ؟ فقال : « ومن يقول كان صغيرا ؟ ليس فيه بيان » .

فالإمام أحمد لم يقطع بأنه كان كبيرا ، بل صرح أنه ليس فيه بيان - وغيره من المحدثين قطع بصغره ، ومن حفظ حجة على من لم يحفظ - فإذا ثبت أنه كان صغيرا فإنه لم يتول العقد بصفته وليا بل بصفته وكلا . والصغير العاقل - عند الخفية - له أن يتولى العقود بإذن من وليه أو موكله .

وهذا القدر كاف في إثبات أن للمرأة أن توكل من تشاء في النكاح .

دلة القاضين باسئراط الولى لمباشرة العقد ،

استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ^(١) » ، وقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ^(٢) » ، وما استدلل به الحنفية من قوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ^(٣) » .

ووجه الاستدلال بالآيتين الأولين أن الخطاب موجه إلى الأولياء فدل على أن الزواج إليهم لا إلى النساء .

ووجه الاستدلال بالآية الثالثة أنها نهت الأولياء عن منعن من نكاح من يختارن من الأزواج ، قالوا : إنما يتحقق المنع من فى يده الممنوع ، فدل على أن عقد النكاح بيد الولى لا بيد المرأة . قالوا : ويؤيد هذا ماورد فى سبب نزول هذه الآية فقد روى البخارى فى صحيحه وأبو داود والترمذى ، وصححه عن معقل بن يسار أن الآية نزلت فيه ، قال : زوجت أختاى فطلقها زوجها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له : زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقها ثم جئت يخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت تريد أن ترجع إليه ، فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه فأنزل هذه الآية « وإذا طلقتم النساء ، الخ فقلت : الآن أفعل يارسول الله قال فزوجها لراه .

(١) سورة النور الآية ٣٢ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢١ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٢ .

قالوا : فلو كان لها أن تزوج نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها في زوجها على هذا يبعد أن يكون الخطاب في الآية للأزواج كما قيل .

وقد ورد عن ابن عباس وعائشة وطاوس ومجاهد وغيرهم في تفسير « الذي يده عقدة النكاح » في آية : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي يده عقدة النكاح » ^(١) أنه الولي .

وأما السنة فأولا : ما رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولي » ، وصححه ابن حبان والحاكم ، وذكر له الحاكم طرقا وقال : قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وأم سبرة وزينب بنت جحش ، ثم سرد تمام ثلاثين صحابيا ؛ قالوا : وهو صريح في أن النكاح لا يصح بدون ولي .

وثانيا ما رواه الخمسة إلا النسائي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - قالها ثلاثا - فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ؛ فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » .

وثالثا : ما رواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها » .

وأما المعقول : فهو أن النكاح له مقاصد شتى ؛ وهو رباط بين الأسر ؛ والمرأة بما عندها من نقص الاختيار لا تحسن الاختيار ؛ ولا سيما إذا

تخضع لحكم العاطفة التي قد تغطي على جهة المصلحة ؛ فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الأكل منعت من مباشرة العقد .

دليل من فرق بين البكر والثيب :

وهو داود ومن معه استدلوا بحديث (الثيب أحق بنفسها من وليها) وحديث (ليس للولي مع الثيب أمر) قالوا : هما صريحان في أن كل أمر الثيب إليها وحدها ومنه عقدة النكاح ، وصريحان أيضا في الأمر باستئذان البكر ، فليس للبكر حق إلا أن تأذن في نكاحها ، وهو يدل على أن الذي يتولى نكاحها إنما هو غيرها ، وهو الولي الذي يستأذنها .

دليل من اشترط إذن الولي دون مباشرته :

وهو أبو ثور استدل بحديث عائشة رضي الله عنها : أيما امرأة نكحت بدون إذن وليها فنكاحها باطل ، الخ فإنه يدل على أن نكاح المرأة نفسها إنما يكون باطلا إذا كان بنير إذن وليها فإذا زوجت نفسها بإذن وليها صح نكاحها ولا يتوقف على مباشرة الولي .

واسقند محمد في قوله : (إن العقد موقوف على إجازة الولي) إلى هذا الحديث غير أنه قال : إن الإذن أعم من أن يكون سابقا أو لاحقا .

دليل من صحح العقد في الكف وأبطله في غيره وهو منسوب إلى الزهري والشعبي .

استدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لأم سلمة رضي الله عنها : ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك ، جوابا لقولها : ليس أحد من أوليائي شاهدا .

فإنه يدل على صحة العقد بنير ولي حيث لا يكون هناك موجب لكرهه الأولياء بأن توفرت الكفاءة ، ويدل بمفهومه على خلاف ذلك .

• مناقشة أدلة المذاهب وذكر المختار منها .

هذه هي أدلة المذاهب في مسألة النكاح بغير ولي ، ولعلك تلح وأنت تقرأ أدلة الخنفية ما تستطيع أن ترد به على داود ومن وافقه في التفرقة بين البكر والتيب من أنه لا يعقل أن يكون للبكرة معنى يكون سبباً في بطلان العقد بعبارة البكر بعد أن يتوفر فيها العقل والبلوغ ، وليس في حديث (التيب أحق بنفسها والبكر تستأمر وإذنها صماتها) ما يدل على عدم صحة العقد بعبارة البكر ، بل كل ما يؤخذ منه أن يكتفى منها - نظراً لحياثتها - بما يدل على رضاها بالنكاح ، أما أن العقد يكون باطلاً إذا عقدته بنفسها فهذا ما لا يدل عليه الحديث .

وعلى هذا فلا وجه لقولهم في الاستدلال إنه ليس لها حق إلا أن تأذن في نكاحها .

وأما ما استدلل به أبو ثور بحديث (أيما امرأة نكحت بدون إذن وليها فنكاحها باطل) الخ فينتج عليه أن هذا الحديث قد روى من جملة طرق مدارها على ابن شهاب الزهري غير أن بعضها من رواية ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهري ، وبعضها من رواية الحجاج بن أرطاة عن الزهري ، وبعضها من رواية ابن لهيعة عن شيخه عن الزهري .

وابن لهيعة معروف ^(١) ، والحجاج بن أرطاة ضعيف ولم يثبت سماعه من الزهري ، لحديثه منقطع .

أما الطريق الأول (رواية ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري) فقد أخبر يحيى بن معين عن ابن علية عن جريج أنه سأل الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه ، فقال له : إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك ، فأثني على (١) بأنه مرود الحديث تراجع كتب الرجال حتى قيل فيه بأنه كذاب

سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون قد وهم على ، وفي هذا إيماء إلى أن الزهرى يكذب هذه الرواية وينكرها لأنه نسبها ، لأن هذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى النفي .

وقد نقل هذا الطحاوى في معاني الآثار والحافظ ابن حجر في الدررية ، وعلى هذا فلا وجه لإعلال هذه الحكاية عن ابن جريج ، كما أنه لا وجه لقولهم إنه على تقدير صحتها لا تدل إلا على نسيان الزهرى ، ولا يلزم من نسيان الزهرى أن يكون سليمان بن موسى واحما عليه ، لأن الزهرى - كما تبين - لم يكن ناسيا وإنما كان منكرا ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن عائشة التي روى عنها هذا الحديث قد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن ، وكان غائبا ، ولم يكن قد أذنبا في هذا الزواج كما يدل عليه ما جاء في رواية ذلك من قول عبد الرحمن حينما حضر - أمثلى يصنع به هذا ويفتات عليه في بناته ؟ فلو كان هذا الحديث صحيحا لكان الزواج باطلا ، وكان لا بد من إعادة العقد على حفصة مع أنه لم يحصل ، ثم لو كان صحيحا أيضا لما عملت عائشة على خلافه .

وعلى فرض صحة الاحتجاج به فثابته أنه حسن ومثله لا يقاوم الصحيح الذي استدل به من لا يشترط الولي .

وهذا هو عين ما يتجه على محمد بن الحسن فيما ذهب إليه ^(١) .

(١) علق فضيلة الزمل الشيخ مصطفى مجاهد في مذكروته من ص ٧٤ إلى ص ٨١ بما حاصله :

(١) أنه سلم بعدم الاستدلال بطريق الحجاج وابن لهيعة ، وإن كان بعد ذلك قد سبق بعض ما قاله البيهقي على سبيل الإلزام ؛ وإنى أقول - لأخى - إن طريقته هذه تحسن في مقام الجدل ؛ وأما في الفقه المقارن فإن المطلوب -

وأما استدلال الزهرى والشعبي بحديث زواجه صلى الله عليه وسلم بأم سلمة ، فيتجه عليه أنه استدلال بالمفهوم ودلالة المفهوم - على فرض اعتبارها -

— هو انوصول إلى أقوى المذاهب دليلاً بصرف النظر عن صاحب هذا المذهب وعن رأيه في مسألة أخرى ، ولذلك فلن أتعرض لما قاله لأنى لست في مقام الدفاع عن مذهب الحنفية في غير هذه المسألة .

(ب) حاول فضيلة الزميل أن يشكك في رواية ابن عليه عن ابن جريج وساق جملة نقول تثبت أن ابن جريج لم ينقل عنه مثل هذا القول .

ولأنى أنقل مما نقل ما يفيد أن رواية ابن عليه عن ابن جريج قد ثبتت عن بعض الحفاظ .

ففي ص ٧٦ نقل عن الحفاظ ابن حجر في تلخيص الجبير : قال الترمذى (في هذا الحديث) حديث حسن ؛ وقد تكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج قال : ثم لقيت الزهرى فسألته عنه فأنكره ، قال : فضعف الحديث من أجل هذا .

فإن كان هذا الكلام من الترمذى فهو حسناً ؛ وإن كان من كلام ابن حجر فهو الثقة ، ويكفى مثل هذا للتشكيك في وصل الحديث ، فأين هذا من الأحاديث التى تمسك بها من لم يشترط الولى في نكاح الرشيدة بعد أن بين وجه الاستدلال بها ، ورد كل اعتراض وجه إليه .

(ج) وأخيراً سلم بصحة رواية ابن عليه (وإن كان على سبيل النزول) وقال : إن نسيان الزهرى لا يقدح في صحة الحديث ولا في وصله ، لأن الراوى عنه ثقة مقبول .

ولأنى معه لولا أن عبارة الزهرى ظاهرها يفيد رد رواية سليمان ، -

لا تقارم منطوق أدلة من لا يشترطون مباشرة أثولى ، وهى - كما رأيت - عامة لم تفرق بين التزويج بالكف والتزويج بغيره ، على أن غاية ما يدل عليه

— والمتبادر منها أن هذا ليس من مروياته ، فنصر العبارة كما نقلها المحدثون : « أخشى أن يكون قد وهم على ، ثم لماذا نصم على أن الناسى هو الزهرى مع علوكعبه فى التحديث - دون سليمان وهو مع عدائته دون الزهرى بلا ريب ، فأحد الراويين نسي بدون شك ، وهذا توهين للحديث - يزداد على ما تقدم أن ابن حزم ذكر فى المحلى ج ٩ ص ٤٥٢ أن معمرأ سأل الزهرى عن الرجل يتزوج المرأة بغير ولى ، فقال : إن كان كفتاً لها لم يفرق بينهما . فهذا دليل على أن الزهرى ليس فقط ناسياً للحديث ، بل منكراً له لعمله بغير ما روى ، ومثله لا يترك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى صح عنه لقول آخر ، ألا يدل ذلك على أن الناسى هو سليمان لا الزهرى .

ولكى نقطع جبل الشك فى رواية ابن عليه عن ابن جريج أعرض عليك ما قاله فيه الذهبي فى تذكرة الحفاظ ج ١ ص ٢٩٦ .

روى له أصحاب الكتب الستة :

قال أبو داود صاحب السنن : « ما أحد إلا وقد أخطأ إلا ابن عليه ، وبشر بن المفضل ، وقال ابن معين : « كان ابن عليه ثقة ورعاً تقياً ، وقال شعبة : ابن عليه سيد المحدثين .

(ب) علق على خبر تزويج عائشة لبنت أخيها عبد الرحمن بأن مخالفة الراوى لما رواه لا تنافى حجية ما روى ، لأن الحجية فيما نقله إلينا عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ونحن نقول له : إن عمل الراوى بغير ما روى يرد روايته ، فالشأن فى الصحاحى العدالة ، وإن عمله بغير روايته دليل على أنه —

هذا المفهوم أن للراءة حق الامتناع عن مباشرة العقد إذا كان الولي غائبا ، وكان الزوج مظنة ألا يرضى به الولي ، وبعد هذا يحتمل أن يكون امتناعها لعدم صحة العقد بعبارتها كما يحتمل أن يكون لحرف اعتراض الولي على العقد وطلبه فسخه إذا حضر ، وتعين أحد هذين الاحتمالين لا بد له من دليل ، والدليل قائم على تعين الثاني ، وذلك لما سبق من الأدلة التي لم تفرق في صحة العقد بعبارة النساء من الزوج بالكفء والزوج بغيره .

هذا وقد علمت أن هذا المذهب رواية الحسن عن أبي حنيفة وقد نص علماء الحنفية على أنها المختارة للفتوى في زواج غير الكفء .

قال شمس الأئمة : وهذا أقرب إلى الاحتياط : إذ ليس كل ولي يحسن المراعاة ، ولا كل قاض يحسن الحكومة ، ولو أنصف الولي ، وعدل القاضي

— اطلع على ناسخ أو على دليل آخر يصرف اللفظ عن ظاهره ؛ وأيا ما كان فالمسألة خلافية بين الأصوليين (يراجع المنار وشروحه وحواشيه) مطبوعة الأستانة ص ٦٦١ . أما القول بأنه يجب حمل ذلك على أنها رضى الله عنها كانت تمهد أسباب التزويج ، ثم تأمر أحد الأولياء أن يتولى العقد - فهذا الاحتمال وإن كان جائزا لا واجبا - إلا أن عبارة ابن حزم في المحلى ج ٩ ص ٤٥٢ تدل على غير هذا ، فقد ورد فيه ما نصه : « وقد صح عنها أنها كانت أنكحت بنت أخيها عبد الرحمن ، وهي بكر ، وهو مسائر بالشام ، قريب الأوبة ، بغير أمره . الخ ، » .

ولعل عقد خصة لم يحضره إلا قلة من الرجال ، ومثل عائشة في جلالة قدرها تزين المجلس الذي تحضره ، فإنها لن تكون متبذلة ؛ بل كما تحضر الأم يجلس أبنائها ، وليس من داع يوجب صرف الحديث عن ظاهره على سبيل الوجوب لا الجواز .

فقد يترك أنفة لكثرة التردد على أبواب الحكام ، واستئقلا لنفس
الخصومات فيقرر الضرر ، فكان منعه دفعا له خصوصا وأن الذين جعلوا
للولى حق الاعتراض قيده بما إذا لم تلد أو تحبل حبلا ظاهرا فيسقط ما لهم
من حق الاعتراض صوتا للولد ومحافظة على الحمل من الضياع ، وبذلك يتقرر
العار ولا سبيل للولى إلى دفعه :

وهذا المعنى فى الواقع ترجيح لاحتمال عدم صحة العقد ، وتخصيص لأدلة
الحنفية التى تفيد الصحة مطلقا بما إذا لم يكن الزوج كفتا ، وهذا تخصيص
بقاعدة ثابتة مستقرة فى الشريعة (وهى قاعدة درء المفساد وقاعدة لا ضرر
ولا ضرار) فلا مانع من قبوله .

وقد يقال : إن غاية ما يستدعيه هذا اعتبار رضا الولى فى غير الكفء
أما أن العقد يجب أن يكون بعبارة ، ويكون باطلا بعبارة ، فلا دليل عليه
وهو موضع النزاع .

مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور :

أما استدلال الجمهور على لزوم الولى بآية « وأنكحوا الأيامى منكم ،
وآية « ولا تنكحوا المسلمين حتى يؤمنوا » ، فيتجه عليهم أن الخطاب فيها يحتمل
احتمالا قويا أن يكون لعامة المسلمين لا لخصوص الأولياء ، ولا لأمرم
بمباشرة عقد الزواج فهو من باب التشريع العام ، ويكون المسلمون مأمورين
فى الآية الأولى بالعمل على إعفاف الأيامى وعدم الحجر عليهن فى الزواج
كما كان يفعل أهل الجاهلية ، ويدل على هذا ما روى عن النبى صلى الله عليه
وسلم أنه قال : « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن
فتنة فى الأرض وفساد كبير » ، وواضح أن الغرض من ذلك الإعفاف بتسهيل
طرقه وعدم الحجر على النساء فى الزواج

وأما الآية الثانية فالمقصود منها هو اشتراط إيمان الزوج إذا كانت المرأة مؤمنة ، فهو تقرير مبدأ عام للمسلمين يجب أن يسيروا عليه في علاقة الزوجية وليس خطاباً لخصوص الأولياء ، ولا نهياً لهم خاصة عن مباشرة عقد تزويج المشركين (والقول بأن الأصل في الخطاب أن يوجه إلى من يحصل منه الفعل ، لا إلى من يحصل بينهم الفعل ، والحل على الحقيقة واجب ما لم تقم قرينة على المجاز ولا قرينة هنا) قلنا القرينة هنا الجمع بين الأدلة ومنها الآيات التي تمسك بها الحنفية .

وأما استدلال الجمهور بقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ، فاستدلوا بهم بما مبنى على أن الخطاب فيها للأولياء وقد اختار الفخر الرازي أنها خطاب للأزواج قال : والذي يدل عليه أن قوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن ، جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء ، ولا شك أن الشرط خطاب مع الأزواج فوجب أن يكون الجزء خطاباً معهم أيضاً ، وإلا لزم تفكك النظم الكريم ، ثم قال : والمحافظة على نظم القرآن من التفكك أولى من المحافظة على خبر الواحد الذي بين سبب النزول .

(والقول بأنه لا يشترط أن يكون الفاعل في الشرط والجزاء واحداً مسلم إذا لم يكن الفاعل في الشرط والجزاء ضميرين من جنس واحد) كما في الآية (فهل يحسن أن يقال : إذا سافرتم فلا تسيثوا إلى الناس : على أن يكون الخطاب في الشرط للزمعين السفر والخطاب في الجزاء للبقين ١٩ وإن قلتم : إن القرينة هي سبب النزول الذي ورد للحديث الصحيح المتقدم ذكره في الاستدلال قلنا : إن حل هذا الإشكال يكون بالأخذ بما ارتأه الشيخان شلتوت والسايس من أن الخطاب لجماعة المسلمين ، وتكون الآية نهياً لجماعة

المسلمين أن يكون بينهم عضل للنساء سواء كان العضل من الأزواج وهذا غير مستبعد ويشهد له واقع الحياة الآن وقبل الآن ، فكم من زوج طلق زوجته ومنعها من التزوج بنيره أفقة وكبراً ، وهي لا تستطيع أن ترفع أمرها إلى الحاكم لظروفها أو لشدة بأسه وقوة نفوذه ، أو كان العضل من الأولياء كما وقع من معقل بن يسار ، وكما يقع من غيره من الأولياء واعتقد أنه لا مخلص من الإشكال الذي أورده الفخر الرازي إلا بالمصير إلى هذا الرأي

على أنا لو سلمنا أن الخطاب للأولياء فنيهم عن العضل لا يدل على أمر التزويج بمعنى مباشرة العقد لا يملكه إلا الأولياء ، فإن العضل هو المنع ، والمنع يتحقق بالحبس وغيره من طرق المنع الحسى ، وهذا شيء يقدر عليه الأولياء ، وكان ما لولا عند كثير منهم ، ويدل عليه قوله تعالى : « أن ينكحن ، حيث نسب النكاح إليهن لا إلى الأولياء ، وهو دليل واضح على أن العضل المنهى عنه هو منعهن عن أن يشارن عقد زواجهن بمن يخترن من الأزواج . وبذلك نرى أن الآية إنما تصلح دليلاً لمن لا يشترط عبارة الولي في النكاح .

وأما استدلالهم بحديث « لانكاج إلا بولي » فينتجه عليهم فيه أنه ضعيف مضطرب في إسناده ؛ فرواه موصولاً إسرائيل وشريك عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ورواه منقطعاً أسباط ابن محمد وآخرون عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة ، فلم يذكروا أباً إسحاق ؛ ورواه مرسل شعبة وسفيان الثوري ، فلم يذكروا أباً موسى ، وكل واحد من شعبة وسفيان حجة على إسرائيل وجميع من معه ، فكيف بهما إذا اجتماعاً ؟ فهو حديث لا تقوم به حجة على أصلهم ^(١) ، ولو سلمنا صحة الاحتجاج

(١) من أصول الشافعية ومن معهم أن الحديث المرسل ليس بحجة .

به ، بناء على تقديم الرّصل على الانقطاع عند التعارض ، فتأنيده أنه حسن ، وهو لا يعارض الصحيح الذى ذكرناه الأيم أحق بنفسها ، إلخ .

هذا ومهما قيل فى تقوية هذا الحديث فإنه لا يقوى من ناحية السند على معارضة الحديث الآنف ذكره المجمع على صحته وعدم اضطرابه ، ويبقى الكلام على دلالة على أن عبارة النساء معتبرة فى النكاح ، وأظن أن فيما تقدم من التقرير والرد على شبه المخالفين ما يكفى لقيام الحجة به على صحة عبارة النساء فى النكاح ، فلا يعيده خشية الإطالة .

والقول بأن الحديث المرسل حجة عند الحنفية فلم ردوه هنا ؟ أجيب بأنه معارض بحديث (الأيم أحق بنفسها من وليها) وهو أقوى منه .

بقى إشكال له أهميته وهو أن سند الحنفية فى اشتراط الشهادة هو هذا الحديث من طريق عائشة رضى الله عنها على ما رواه ابن حبان فى صحيحه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا نكاح إلا بولي وشاهدى عدل ، إلخ ، ونقل عن ابن حبان أنه قال : لا يصح فى ذكر الشاهدين غير ذلك .

والجواب عن هذا الإشكال أن اشتراط الولاية قد وجد له معارض قوى من الأدلة التى ساقها الحنفية ، بينما لا معارض له فى اشتراط الشهادة فقلنا ياشترطها .

وأما استدلال الجمهور بحديث : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » فقد علمت ما يتجه عليه عند مناقشة مذهب أبى ثور ومحمد بن الحسن .

ويزاد هنا أن هذا الحديث يخالف مذهب الجمهور ، فإن مفهومه - وهم يعتدون بالمفهوم - أنها إن نكحت بإذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم .

(والقول بأن نكاحها يأذن الولي باطل بمفهوم الموافقة وأنه أولى بالبطلان مما إذا زوجت نفسها بغير إذنه قول واضح الفساد لئلا وعقلا) .
وأما حديث « لا تزوج المرأة المرأة » الخ ، فقد قال فيه ابن كثير الصحيح وقله على أبي هريرة رضي الله عنه ، وقد جاء في لفظ للدارقطني « كنا نقول : التي تزوج نفسها هي الزانية » ، وعلى تسليم رفعه فغايته التنفير من استبداد المرأة بنفسها في الزواج ؛ وليس فيه ما يدل على فساد العقد ، ألا ترى أنه سماه زواجا ؛ وهذا الأسلوب معروف في التنفير ، ومنه قوله تعالى : « الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة » ، والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرّم ذلك على المؤمنين ، ^(١) .

ولا ريب أن محاسن العادات ، وما ينبغى للمرأة من عدم الخروج عن مألوفا أمر مستحسن ، ولكن فساد العقد بعبارتها شيء وراء ذلك ، ولم يقم عليه دليل إلى الآن .

وأما المعقول فيتجه عليهم فيه أن تحصيل المقاصد التي ذكروا للنكاح لا تتوقف على أن يباشر الولي العقد بنفسه ، بل يكفي في حصولها أن يأذن لها الولي أو يرضى به ، وليباشر العقد بعد ذلك من يباشره ، فهو دليل قاصر عن عموم الدعوى التي هي عدم انعقاد النكاح بعبارة النساء .

(١) سورة النور : الآية ٣ ؛ هذا وقد قيل إنه قد رفع صدر الحديث وهو « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها » ، وأما العجز فقد روى تارة موقوفا وتارة مرفوعا ، هذا وابن كثير من المحدثين ومن أصحاب الشأن في هذا الأمر ، ولعله لو صح رفعه لكان النهي مفيدا للكرامة جمعاً بين الأدلة ، وكون النهي عن الشيء يقتضي الفساد أو لا يقتضيه مسألة خلافية بين الأصوليين : ألا ترى أن النهي عن البيع عند الأذان يوم الجمعة لا يقتضي فساد البيع عند جهره العلماء إلى كثير من الأمثلة .

والعلة الحقيقية في فوات هذه المصالح ليست هي الأنوثة كما يظن ، وإنما هي الصغر الذي من شأنه أن يمنع عن مراعاة المصالح ، فلا يصلح أن تكون مظنة ، قال الكمال : « ويجرد وقوع المفسدة أحياناً لا يوجب المظنة ، وإذا وجد فللولي رفعه ، وكون ولي يحتشم قليل بالنسبة إلى دفع العار عن النفس . ولو سلمنا فليس ما ذهبوا إليه متعيناً لدفع الخلل إذ لا فرق في دفعه بين أخذ الرأي ومباشرة العقد .

وخلاصة القول أن الكتاب وعمل الرسول صلى الله عليه وسلم وقوله وقواعد الأهلية المقررة بصحة التصرفات ، كل هذا يشهد شهادة واضحة لمن يقول بصحة العقد بعبارة النساء البالغات الحرائر العاقلات سواء أكان لهن أم لغيرهن بوكالتهن .

ويكفي في مراعاة حق الولي أن يسأذن في غير الكفء أو يقبل اعتراضه على العقد إذا لم يأذن .

ونقول : مراعاة للأداب الإسلامية - إنه يستحب أخذ رأى الولي ، وأن يباشر العقد بنفسه ، كيلا تنسب إلى الوقاحة والخروج عن مألوف العادات ،

وإن الشريعة الإسلامية التي تقرر حق المرأة في الحياة العامة وتجعل لها في حياة الزوجية حقاً مثل حق الرجال ، ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف^(١) ، وتبيح لها التصرفات مع المحافظة على العفة والشرف ليعبد كل البعد أن تجعل عبارتها مفسدة للعقد حضر الولي أو غاب ، رضى الولي أم لم يرض .

وإن صح أن يكون لهذا شبهة من الحق فيما إذا غاب أو لم يأذن فما هي الشبهة فيما إذا حضر أو أذن ١١٤

«ولاية الإجماع في النكاح

الاثني التي يراد تزويجها إما أن تكون صغيرة أو كبيرة ؛ وعلى كل فإما أن تكون بكرأ أو ثيبأ ؛ وعلى كل فإما أن يزوجها الأب أو غيره من الأولياء ، فهذه ثمان صور هي :

- (١) صغيرة بكر يتولى تزويجها الأب .
- (٢) كبيرة بكر يتولى تزويجها الأب .
- (٣) صغيرة بكر يتولى تزويجها غير الأب .
- (٤) كبيرة بكر يتولى تزويجها غير الأب .
- (٥) صغيرة ثيب يتولى تزويجها الأب .
- (٦) صغيرة ثيب يتولى تزويجها غير الأب .
- (٧) كبيرة ثيب يتولى تزويجها الأب .
- (٨) كبيرة ثيب يتولى تزويجها غير الأب .

وفي حكم إجماع الولي للاثني في هذه الصور اختلاف وتفصيل بين العلماء . هذا وليس مقررأ على طلاب الصف الرابع من كلية الشريعة إلا الصورة الثانية ؛ وهي إجماع البكر الكبيرة التي يتولى تزويجها الأب ؛ وإلا الصورة الرابعة ؛ وهي البكر الكير التي يتولى تزويجها غير الأب . وإنما عرضنا لبحث باقي المسائل إتماماً للنفع ؛ ولارتباط بعضها ببعض .

(٥) هذا البحث اشترك معي في وضع أسسه زميلي وأخي المرحوم فضيلة الشيخ محمد علي الديب ، ولكنني زدت فيه بعض اعتراضات أوردت على ما سبق اختياره والإجابة عليها .

وإليك بيان أحكام هذه الصور وآراء الفقهاء في كل منها مفصلاً .

(١) تزويج الأب البكر الصغيرة :

اتفق العلماء على أن للأب تزويجها من الكفء دون توقف على رضاها ، ولا خيار لها بعد البلوغ .

وحكى الطحاوى عن ابن شبرمة منع زواج الصغيرة إذا لم تصل إلى سن يمكن معه الاستمتاع بها جنسيا سواء في ذلك الأب أو غيره ، وحكى ابن حزم عنه : أنه لا يجوز إنكاح الأب ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن ^(١) ، وطبعاً غير الأب من باب الأولى .

وقد استدلل ابن شبرمة على ما ذهب إليه بالأحاديث التي تمنع نكاح البكر حتى تستأذن ؛ وطبعى أن الصغيرة ليست أهلاً للاستئذان .

ومن هذه الأحاديث ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ؛ ولا البكر حتى تستأذن » ، قالوا يا رسول الله : وكيف إذن ؟ قال : أن تسكت ، رواه الجماعة .

فهذا الحديث وغيره مما ورد في هذا المعنى جعل للبكر حقاً في استئذائها في النكاح ، والصغيرة ليس لها إذن معتبر ، فينتظر إلى حين بلوغها حتى تستأذن ، فيكون نكاحها قبل البلوغ غير صحيح ، وإن باشره الأب ، وهذا الاستدلال يتفق مع رواية ابن حزم عنه وقيل للاستدلال لهذا المذهب : إن القصد الأول من النكاح هو التناسل أو الاستمتاع والإغفاف ، والصغيرة لا تصلح لها وهذا يتفق مع ما رواه الطحاوى عنه .

دليل الجمهور :

استدلوا بعد الإجماع بالكتاب والسنة والمعقول .

(١) نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ١٢٠ ، والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٥٩

أما الكتاب فقوله تعالى « واللاتى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتى لم يحضن ^(١) » .

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله - سبحانه وتعالى - جعل عدة اللاتى لم يحضن ثلاثة أشهر كالأليات من المحيض ، وهذا يتناول الصيرة ، ولا تكون العدة - كذلك - إلا من طلاق أو فسخ فى نكاح بعد الدخول ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ، ولا إذن لها حتى يعتبر .

والاستدلال بهذه الآية على المطلوب بطريق دلالة الإشاره ^(٢) الواضحة الجلية .

وأما السنة فإروى عن عائشة رضى الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهى بنت ست سنين ، وأدخلت عليه وهى بنت تسع سنين ، ومكثت عنده تسعا ، متفق عليه .

وفى رواية « تزوجها وهى بنت سبع سنين » الخ وهى رواية عن أحمد ومسلم .

ولا شك أن بنت الست أو السبع دون البلوغ يقينا ، ودون سن الاستمتاع عادة .

والقول بأن هذا من خصوصياته صلى الله عليه وسلم كزواجه بأكثر من أربع أو التى وهبت نفسها إلى آخر ما نقله عنه ابن حزم مدفوع بأن الأصل عدم الخصوصية إلى أن يقوم الدليل الخاص عليها ، بل الأصل هو

(١) سورة الطلاق الآية الرابعة .

(٢) دلالة الإشاره هى دلالة اللفظ على معنى لم يوضع له اللفظ ولكنه لازم للمعنى الموضوع له .

وجوب التأسي به صلى الله عليه وسلم لقوله جل شأنه ، لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر ، وذكر الله كثيرا ^(١) . .
وعما يؤكد عدم الخصوصية أن الصحابة رضوان الله عليهم ، وهم أعلم الناس بالتشريع العام وبالتشريع الخاص بالرسول الأكرم قد تزوجوا الأبنكار الصغيرات وزوجوهن .

فقد نقل ابن قدامة في المغني عن الأثرم ، أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست (أى ولدت) فقيل له : إبنه الزبير إن مت ورثتي ، وإن عشت كانت امرأتى . .

وزوج على إبنته أم كلثوم - وهى صغيرة - عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ^(٢) .

وأما المعقول فهو أنه إذا ظهر الكف ، وكانت المصلحة في تزويج الصغيرة كان انتظار بلوغها حتى تأذن تفويتا لمصلحتها ، وما جعلت الولاية إلا لرعاية مصالح المولى عليه ، ولا سيما إن كان المولى هو الأب كسألتنا هذه فهو أعرف بمصلحتها وأشفق الناس عليها ، وإذا كان بعض الآباء يسيئون الاختيار فذلك أمر شاذ لا تبني عليه قاعدة عامة للتشريع .

وعما يؤكد لهذا المعنى أن روح التشريع الإسلامى تدعو إلى تيسير أمر النكاح بذلك على هذا الحديث المشهور ، إذا جاءكم الكف فزوجوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ، وهذا الحديث كما ترى مطلق لم يقيد الزواج بكبير أو صغير .

(١) سورة الأحزاب الآية ٢١ .

(٢) المغني ج ٧ ص ٣٨٠ .

هذا وأما أحاديث استنثار البكر التي تمسك بها ابن شبرمة فهي محمولة على البكر البالغة أولا للجمع بين الأدلة ، وثانيا : لما تقرر في الشريعة من أن الأهلية لا تكون إلا بالبلوغ والعقل فالصغار والمجانين مستثنون من جميع الخطابات العامة في الشريعة .

ولا شك أن مذهب الجمهور دليله دامغ ، وحجته واضحة وأن القرآن الكريم ونزل الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل الصحابة ومن بعدهم يشهد بصحة هذا المذهب ، حتى لقد نقل عن ابن المنذر أنه قال : « أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب لابنته الصغيرة البكر جائز إذا زوجها من كفء »^(١) .

وبالرغم من إجماع العلماء - ما عدا ابن شبرمة - على صحة تزويج الأب لابنته الصغيرة البكر من الكفء ، إلا أنهم قالوا : لا يمكن منها زوجها حتى تصلح للمعاشرة الزوجية الجنسية^(٢) .

ولمناسبة الكلام على مذهب ابن شبرمة نقول : إن العمل والقوانين التي كان معمولا بها في البلاد الإسلامية ما كانت تقيد النكاح بأى سن ، سواء في ذلك الرجل والمرأة ، وما كان القضاء ممنوعين من سماع دعوى الزوجية مهما كان سن أحد الزوجين صغيرا ، إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في ١٢ مايو سنة ١٩٣١ الذي رتب المحاكم الشرعية ، فقد جاء في هذا القانون في الفقرة الخامسة من المادة (٩٩) ما يأتي :

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشر سنة هجرية ، أو كانت سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة هجرية إلا بإذن منا .

(١) المعنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٧٨ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٠ بتصرف .

ولا شك أن واضعى هذا القانون قد استأنسوا برأى ابن شبرمة - مع ضعف مأخذه - وإن كانوا لم يأخذوا به حرفيا فرأى ابن شبرمة أن نكاح الصغيرة باطل ، ولكن القانون المذكور لم يحكم بطلان نكاح الصغيرين ، ولكن اكتفى بمنع القضاة من سماع دعوى الزوجية دون السن القانونية ، وهذا مبنى على قاعدة شرعية هي أن لربى الأمر منع القضاة من سماع بعض أنواع الدعاوى متى رأى مصلحة الأمة فى ذلك ، والذي دعا إلى سن هذا القانون أن أكثر الزيجات التى تمت بين الصغار أو كان أحد الزوجين صغيرا جدا كانت زيجات فاشلة لعدم الشعور بالمسؤولية ، ولأن ضعف الوازع الدينى جعل بعض الأزواج الكبار لا يحسنون معايشة الزوجات الصغيرات ، بل يعاشروهن معايشة منفرة من الحياة الزوجية ، فعلى ضوء هذا صدر القانون المشار إليه ، وقد منع المأذونون وموثق العقود من توثيق كل زوجة نقل فيها سن أحد الزوجين عم حده القانون ، وفرضت عقوبات على من يخالف ذلك ، درءا للفساد وسدا للزرائع .

وإذا كان الكلام يجر بعضه بعضا فلتناسبة الحديث عن تحديد سن الزواج نرى أن بعض الناس يطالبون برفع سن الزواج عن الحد الذى قرره القانون المذكور آنفا بحجة تحديد النسل بعد أن ضاقت رقعة الأرض الزراعية فى مصر عن حاجة السكان المتزايدين سنة بعد أخرى .

وهذه صيحة غريبة عن يئتنا الإسلامية ، فإن روح الإسلام تدعو إلى كثرة النسل ؛ وما هى الدول العظمى الآن والتى تتنازع سيادة العالم يعد سكانها بمئات الملايين لا بعشراتهما ، ونحن - فى مصر - لو لا كثرة السكان وتزاحمهم فى الحياة لكنا كما كان آباؤنا وأجدادنا أمة زراعية ، وما كنا فى حاجة إلى أن تنشئ الصناعات المختلفة ، وأن نضرب فى الأرض سعيا وراء

الرزق ، وهانحن كل يوم - تحت ضغط تكاثر السكان - نعمر خرابا ، ونستغل موارد بلادنا ما وسعنا الاستغلال ، فكل دعوى لتحديد النسل تحديدأ عاماً دعوى يراد بها تجميد مجهود هذه الأمة نحو هدفها الكبير وهو تكوين أمة عربية عظيمة .

نعم يجوز للأفراد - تحت ظروف خاصة - أن يعملوا على تحديد النسل بالوسائل المشروعة المأمومة العواقب ، وأما أن يكون هذا قانونا عاما وتشريعا ملزما ، فهذا ما لا يتفق مع روح الإسلام التي تدعو إلى أن نكون أقوياء بكثرة عددنا ، وقوة أبداننا ، وحسن استعدادنا .

على أن جو بلادنا يجعل لإيجاب تأخير سن الزواج نكبة أخلاقية لا يقادر قدرها ، فإنه - وإن كان قد يقل النسل المشروع - فسيكثر الاقطاء وسينتشر بين الناس قتل الأطفال غير الشرعيين ، وسنصبح أمام مشاكل كثيرة نعوذ بالله أن تورط فيها ، وبدلا من الدعوة إلى تحديد النسل بصفة جماعية قانونية ملزمة ، فلندع إلى إيجاد موارد جديدة ، أو استغلال مواردنا التي لم تستغل بعد الاستغلال المناسب ..

هذه كلمة عابرة دعاني إليها الكلام عن مذهب ابن شبرمة وقانون تحديد سن الزواج ، فأردت أن أقول رأيي ، لإرضاء لضميري ، ونصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم .

هذا ، ولندع إلى بحثنا الفقهي :

ما تقدم من الكلام إذا كان العاقد الأب لابنته الصغيرة على كفه وأما إن كان على غير كفه ففيه اختلاف في المذاهب وإليك بيانها مع أدلتها .
الرأى الأول : البطلان ، وهو إحدى الروايتين عن أحد وأحد قولى الشافعى .

ووجه هذا الرأى أن ولاية الأب مشروطة بالنظر فإذا زوجها من غير كفه لم يكن فى ذلك نظر لها ، فلا يصح العقد كسائر الأناكحه المحرمة .

الرأى الثانى : أن العقد صحيح ، وعلى الأب نسخه ، ولا يسقط حق الفسخ برضاه ، لأن الفسخ لحقها ، وحقها لا يسقط برضاه وهذا الرأى رواية أخرى عن أحمد والقول الثانى للشافعى ووجه أن عدم الكفاءة عيب فى المعقود عليه ، فلا يمنع الصحة كسائر المعيب الذى لا يلم عليه .

ومقتضى هذا التعليل أن النكاح يكون فاسدا إذا علم الأب أن الزوج غير كفه ، لأنه يكون آثما .

الرأى الثالث : صحة العقد ونفاذه ولزومه وهو مذهب الحنفية والمالكية والزيدية والإمامية .

وذلك لأن وفرة شفقة الأب تجعله حريصا على اختيار الكفه فلا يعدل عنه إلى غيره إلا لاعتبارات لها وزنها وقيمتها وإن أساء بعض الآباء الاختيار فذلك نادر لا يبنى عليه تشريع عام ^(١) .

والذى تميل له النفس أن الكفاءة كما هى حق للأولياء هى - كذلك حق للمرأة ، فإنها تنضرب بالزوج الحقير الشأن كنضرب أولياتها بل ربما كان ضررها أشد : ولما كان عقد الأب لإبنته الصغيرة صادرا عن ولاية ، وربما كانت له وجهة نظر لاختيار غير الكفه فإن العقد يقع صحيحا وينفذ ولكن إذا أصبحت ذات رأى يعتد به ، وذلك بالبلوغ والعقل فإن رأى أن

(١) يراجع المفتى ج ٧ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ . البحر الزخار ج ٣ ص ٥١ ، والشرح الكبير على متن خليلي ج ٢ ص ٢٢٢ ، وكتاب الخلاف للطوسى ج ٢ ص ٦٠ ، ٦١ ، شرح الزيلعى على الكنز ج ٢ ص ١٢٢ . مطبعة بولاق ، وشرح الروض للشيخ زكريا الأنصارى مع حاشية الرملى ج ٣ ص ١٢٦ .

يثبت لها الخيار حتى لا تضار دائماً بزواج غير الكف حيث لم يكن لها اختيار وقت العقد لصغرهما ، وبهذا تتقارب مسافة الخلاف بين الذين قالوا بالطلاق والذين قالوا بالصحة والنفاذ والزوج (١) .

هذا والمجنونة ولو كبيرة كالصغيرة في جميع هذه الأحكام .

(٢) تزويج الأب البكر الكبيرة :

ذهب الشافعي والليث بن سعد وابن أبي ليلى وإسحاق بن راهويه إلى أن للأب تزويج البكر الرشيدة بغير إذنها بل قهرأ عنها وهذا القول رواية عن أحمد وهو ظاهر الروايات عن الإمامية .

وهو مذهب مالك إلا أن البكر التي رشدها أبوها بأن أقر لها برشدها وحسن تصرفها للأموار أو أثبتت بالينة أنه رشدها فإنها - حينئذ - لا تجبر . ونقل في نيل الأوطار أنه كان ابن عمر والقاسم وسالم يزوجون الأبكار لا يستأمرنهن .

ونص في مذهب الشافعي على أن ولاية الإيجاب للأب مشروطة بما يأتي :

أن يكون الزوج كفئاً ، والمهر مهر المثل ، وأن لا تكون هناك عداوة ظاهرة بينها وبين الزوج أو بينها وبين أبيها ، وزاد الشهاب الرمل في حاشيته على شرح روض الطالب شرطاً آخر ، وهو أن لا تتضرر بمعاشرته كشيخهم (كبير جداً) وأعمى وأقطع ونحو ذلك ، وهذا مخالف لما ذهب إليه مالك

(١) الكلام عن كفاءة الزوج في نكاح الصغيرة أصبح - الآن - غير ذي موضوع بعد أن منع القانون زواج الصغيرات سواء كان العاقد الأب أو غيره للكف وغيره ، ولكنني بحثته إتماماً للفائدة واستيعاباً لجميع الصور .

فعنده أن غير المرشدة لا يبا إجارها ولو لأعمى أو أفل حالا وما لا منها
أو قبيح المنظر أو بأقل من مهر المثل .

واتفق جميع من قال بولاية الإجار على أن استئذانها مندوب .

وذهب الحنفية والظاهرية والزيدية والعترة وبعض الإمامية إلى أنه ليس
للأب إجارها على النكاح ، وهو مذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه فقد
كان إذا أراد أن ينكح إحدى بناته قعد إلى خدرها فأخبرها أن فلانا يخطبها .

ونقل ابن حزم في المحلى أن هذا مذهب ابن عمر ، وهذا يخالف ما ذكر
في نيل الأوطار .

وهذا المذهب هو مذهب الأوزاعي والثورى وأبي عبيد وابن المنذر
وحكاه الترمذى عن أكثر أهل العلم .

وإذا صرفنا النظر عن بعض التفاصيل فى المذاهب تلخص لنا فى هذه
المسألة رأيان .

الأول : القول بالإجار .

الثانى : القول بعدم الإجار ^(١) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، نيل الأوطار للشوكانى
ج ٦ ص ١٢٢ ، ١٢٣ ، وشرح الكنز للزيلعى ج ٢ ص ١١٧ ، ١١٨ ، وشرح
الروض للشيخ زكريا الأنصارى مع حاشية الرملى ج ٣ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .
والشرح الكبير على متن خليل مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ،
والمعنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، وكتاب الخلاف للطوسى
ج ٢ ص ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ ، وكتاب المختصر النافع للإمامية ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، والبحر
الزخار ج ٣ ص ٢٨ ، ٢٩ .

وسنستدل لكل من الرأيين ضارين الصفح عن الاستدلال للتفاصيل
لكتب المذاهب المختلفة .

أدلة القائلين بالإيجاب .

استدلوا بالمنقول والمعقول :

أما المنقول (فأولا) ما رواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس رضى الله
عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الثيب أحق بنفسها من وليها
والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها) .

وعما ورد فى رواية لأحمد ومسلم وأبى داود والنسائى (والبكر يستأمرها
أبوها) وفى رواية للدارقطنى (والبكر يزوجهما أبوها) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث بجميع طرفه .

أن الرواية الأخيرة دلت على أن للأب تزويج ابنته البكر رضى أو أبت
وهذا يتفق مع مفهوم المخالفة لصدر الحديث الأول : فإن هذا الحديث قسم
النساء قسمين : ثيب وبكر ، فأثبت أحقية الثيب بنفسها من وليها فدل ذلك
بطريق مفهوم المخالفة على أن الولى أحق بالبكر من نفسها ، والمراد بالولى
هنا هو الأب بدليل الرواية الثانية التى أمرت الأب أن يستأمرها ، فجمعا
بين الأدلة يحمل استثمار الأبكار على التنب ليعرف رأيها ، ويقارن بين رأيها
ورأيه ثم يعضى بعد ذلك ما يطمئن له قلبه مراعى فى ذلك مصلحتها ، ويرشح
هذا المعنى ما رواه أبو داود وأحمد عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال : (آمروا النساء فى بناتهن) أى اطلبوا أمر النساء فى
بناتهن تطييبا لحاظهن ، وهذا ليس واجبا بالإجماع فكذلك استئذان
الأبكار .

واستدلوا (ثانيا) بما رواه الجماعة إلا مسلما عن خضاء بنت خدام (أن

أبأها زوجها - وهي ثيب - فأنكرت ذلك) فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها) .

ووجه الاستدلال أن قول الراوى (وهي ثيب) إيماء وإشارة إلى علة الحكم ، فدل على أن البكر لا يرد نكاحها .

واستدلوا (ثالثا) بالأحاديث الكثيرة التي وردت في وجوب استثمار اليتيمة ، والمراد باليتيمة من لا أب لها وهي بالغة لأن الصغيرة ليس لها إذن معتبر ، فدل ذلك على أن علة وجوب الاستثمار هو فقد الأب ، ومفهوم ذلك أن الأب لا يجب عليه استئذانها أو استثمارها .

وأما المعقول : فلأن البكر لا تعلم من مصالح النكاح ما يمكن أن يعتمد عليه ، لأن هذا النوع عن العلم يعتمد على التجربة والممارسة ، وذلك بالثبوتة فالتحقت بالصغيرة البكر في ذلك ، فكان الأب أحق بذلك منها ، بخلاف الثيب فإنها علمت مصالح النكاح بالتجربة والممارسة فناسب أن لا تكون ولايته عليها ولاية إجبارية .

أدلة القائلين بعدم إجبار الأب البكر الرشيدة :

استدلوا بالمعقول والمنقول :

فأما المنقول (فأولا) ما رواه الجماعة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن » ، قالوا : يا رسول الله وكيف إذن ؟ قال : « أن تسكت » ، وفي رواية لابن عباس رضي الله عنهما : « والبكر يستأمرها أبوها » ، رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي .

وجه الاستدلال : أن الحديث بروايته - وإن كان خبرا في اللفظ - فهو

إنشاء في المعنى ، فالرواية الأولى نهي عن نكاح البكر حتى تستأذن سواء كان المنكح الأب أو غيره لبناء الفعل للجهول ، والرواية الثانية أمر للأب أن يستأمرها إن كانت بكرا ، والأمر يفيد الوجوب ، فذلك الروايتان مجتمعتين على حظر زواج الأبكار بدون استئذان ووجوب استأمرهن ولو كان العاقد الأب بأبلغ عبارة ، وهي التعبير عن الإنشاء بالخبر ، فكان هذا الأمر مقرر في نفسه .

وأیضا فإن لفظة « الأیم » الواردة في هذا الحديث ، وفي رواية ابن عباس رضي الله عنهما : « الأیم أحق بنفسها من وليها » يراد بها المرأة التي لا زوج لها بکرا كانت أو ثيبا ، بدلیل قوله تعالى : « وأنکحوا الأیامی منکم » ، وعلى هذا فلفظ « الأیم » يتناول البکر والثیب ؛ وإنما خصت البکر بالذكر بعد ذلك لأن لها رخصة في التعبير عن رضاها بطريق يخالف الثیب ، وهو الاكتفاء منها بالسکوت دلالة على رضاها .

وعلى فرض التنزل إلى أن المراد بالأیم الثیب كما ورد في بعض الروایات فإن المنازعة بين الثیب والبکر بالاستئثار في الأولى ، والاستئذان في الثانية لا يدل على إيجاب ، بل هي والثیب سواء في اشتراط رضی کل منهما ، ولا فرق بينهما إلا في طريقة الإعلان عن ذلك الرضا ، فإنه في الثیب لا بد وأن يكون صریحا ؛ وأما في البکر فيکتفی منها بما يدل عليه ولو بالسکوت .

هذا والمنتجع لحديث الاستئثار والاستئذان من طرق متعددة في مظانه يجد أنه ورد الاستئثار للثیب والاستئذان للبکر وبالعکس ، وهذا يدل على أنه لا فرق بينهما شرعا ، كما لا فرق بينهما لنة ، فالاستئثار طلب الأمر ، والاستئذان طلب الإذن ، وهما كما ترى ؛ وليس هناك من فرق سوى كيفية الإذن من الثیب أو البکر .

واستدلوا (ثالثا) بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما (أن جارية
بكرأت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباهما زوجها وهي
كارهة غيرها النبي صلى الله عليه وسلم) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه
والدارقطنى متصلا ورواه الدارقطنى أيضا عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه
وسلم مرسلا ، وقال الدارقطنى إنه أصح .

هذا وقد روى ابن حزم بإسناده عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه
(أن رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير أمرها فأنت النبي صلى الله عليه
وسلم ففرق بينهما) .

وروى كذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما (أن جارية بكرأت النبي
صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى زوجنى - وهي كارهة - فرد النبي صلى الله
عليه وسلم نكاحها) .

وروى مثل ذلك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما فكل تشكيك في
صحة هذا الحديث الذى هو نص في الموضوع لا يمل به إلا المتعصب .

وغاية ما قيل في رواية ابن عباس أن الأصح إرسالها فقد روى المحدثون
بأنها رويت موصولة من طريق أيوب بن سويد عن الثورى عن أيوب
موصولا ، كما روى من طريق معمر عن زيد بن حباب عن أيوب موصولا .
ومن المعروف أنه إذا اختلف في وصل الحديث وإرساله حكم لمن وصله
على طريقة الفقهاء .

وغاية هذا أن الحديث حسن وهو حجة عند الجميع حيث لم يعارضه دليل
أقوى منه .

ولئن سلنا - تنزلا - بأنه مرسل فهو حجة عند الخفية - كما هو معلوم
في الأصول .

ومع هذا فإن الروایتين المرويتين من طريق ابن حزم عن جابر وعن ابن عمر لم يطعن في سندهما أحد .

واستدلوا (رابعا) بحديث عائشة رضی الله عنها قالت : قلت يا رسول الله : (تستأمر النساء في أبضاعهن ؟ قال : نعم ، قلت : إن البكر تستأمر فتستحي فتسكت ، فقال : سكاتها إذن) متفق عليه .

واستدلوا (خامسا) بما روى عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : جاءت فتاة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خبيسته قال فجعل الأمر إليها فقالت : قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء) رواه ابن ماجه وأحمد والنسائي .

قال الشوكاني : أخرجه ابن ماجه بإسناد رجاله رجال الصحيح أو أخرجه النسائي من طريق زياد بن أيوب وهو ثقة عن علي بن غراب وهو صدوق . ووجه الاستدلال بهذا الحديث إن لفظ (فتاة) يتبادر منه أنها بكر ، ولئن قيل أن تخييرها كان لعدم الكفاة كما يتبادر من لفظ ليرفع خبيسته فدفوع بأنه ابن عمها ؛ وهما متقاربان نسبا ، ولئن سلم بأن عدم الكفاة لسبب آخر غير النسب ، فإن قول الفتاة المذكور آتفا ، وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم لها دليل على أن الآباء لا يستقلون بأمر تزويج النساء أبكارا كن أم ثيات إذا استثنينا الصغيرات لعدم أهليتهن ، وعدم اعتبار عبارتهن شرعا^(١)

(١) قد اعتمدنا في نقل الأحاديث التي تمسك بها الطرفان على كتابي نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، وكتاب المحل ج ٩ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ .

وأما ما استدلوا به من المعقول ، فإن الشارع جعل لها حق التصرف في مالها دون جبر من وليها ، ولو كان أباهما فكذا النكاح ، بل أولى ، لأنه تصرف في نفسها واختيار لشريك حياتها .

ولأنها بالغة عاقلة كاملة الأهلية كالتيب والرجل ، فكما أنه لا جبر على التيب والرجل في اختيار الأزواج فكذلك هذه ؛ إذ لا فرق .

والبكرة - كما قدمنا في مبحث ولاية النكاح - ليست مظنة تفويت المصالح لأن الشارع اعتبر في صحة التصرفات شرعا البلوغ والعقل ، أما البكرة فهي مظنة الحياء غالبا ، وهو وصف يرخص الاكتفاء بالسكوت دلالة على الرضا كما هو صريح حديث عائشة السابق .

وأیضا فإن من أهم مقاصد العقد انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ، ولا يتحقق هذا مع القول بإجبارها على تزوج من تنفر منه .

فإذا عرف - سلفا - انتفاء مقصود العقد قبل إنشائه وجب القول بعدم صحة هذا العقد الذي لا ترتب عليه فائدة ظاهرة بخلاف ما لو طرأ ما ينفي مقصود العقد بعد تمامه فإنه لا يؤثر لعدم إمكان التحرز عن مثل ذلك .

* * *

مناقشة الأدلة واختيار الرأي الراجح :

لم نأل جهدا في عرض أدلة الطرفين ، ولعله قد وضح لك قوة أدلة القائلين بعدم الإجبار ، فقد تمسكوا بصريح أمر الرسول الأكرم باستثمار البكر واستئذانها ، وكما لا يخفى إن ظاهر العبارة يفيد الوجوب فطورا وردت بصيغة المبني للمجهول فيتناول الأب وغيره ، وطورا صرح بطلب استثمار الأب لها ، والأصل في الطلب الوجوب ، وهذه الرواية نص في محل النزاع

ولقد تأكد هذا المعنى بالأخبار التي أفادت أن النبي صلوات الله وسلامه عليه رد نكاح البكر التي زوجها أبوها وهي كارهة أو خيرها ، وهي تقييد اعتبار رضاها .

ومها قيل في تضعيف هذه الرواية فلا تنزل عن مرتبة الحسن ، وهو حجة إجماعاً ، وإذا كنار ددنا - في مبحث الولاية - حديث « لا نكاح إلا بولي » وحديث « أيما امرأة نكحت نفسها بدون إذن وليها فنكاحها باطل ، الخ لاضطراب السند ، فلأن هذين الحديثين عورضا هناك بأحاديث وجوب الاستئذان والاستئثار وهي أحاديث صحيحة لم يضطرب لها إسناد ولم يظن فيها طاعن بخلاف هذا الحديث وهو تخيير النبي صلى الله عليه وسلم البكر التي زوجها أبوها وهي كارهة ، فإنها لم تعارض بما يدل على تقيضه ، بل بالعكس جاء مؤيدا لأحاديث الاستئثار والاستئذان ، فأين هذا من ذاك ؟؟ .

على أن ابن حرم صرح بصحة هذه الأخبار التي تقييد رد نكاح البكر الكارهة وإن كان العاقد الأب فقد قال في المحلى .

وقوله تعالى « ولا تكسب كل نفس إلا عليها » ، موجب أن لا يجوز على البالغة البكر إنكاح أبيها بنير إذنها ، وقد جاءت بهذا آثار صحاح ثم ساق هذه الآثار التي استدللنا بها فيما تقدم ^(١) .

ولعل وضوح هذه الأدلة حملت كثرة كثيرة من الأئمة الذين اتفقوا مع الشافعي رضي الله عنه في القول بسلب ولاية عقد النكاح عن المرأة إلى مخالفته في القول أن للأب إجبار البكر البالغة على النكاح .

هذا ومن ينظر إلى أدلة القائلين بولاية الإجماع يجد أكثرها يعتمد على دلالة مفهوم المخالفة .

قد تمسكوا بهذه الدلالة من حديث ابن عباس ، الثيب أحق بنفسها من وليها ، وكذلك من حديث خنساء بنت خدام ، وأنها كانت ثيباً ، ومن أحاديث استثمار اليقظة .

وحجة مفهوم المخالفة ليست محل اتفاق بين الأصوليين - كما هو معروف - ولئن سلطنا أنه حجة فإن مفهوم المخالفة لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها » ، أن غير الثيب (وهى البكر) ليست أحق بنفسها من وليها ؛ وهذا صادق بصورتين : أنها كالولى فى اعتبار رضاها ، أو أنها ليس لها حق فى نفسها أصلاً ، فلماذا يصرون على أن المفهوم هو المعنى الثانى دون الأول .

ولئن سلطنا أن المفهوم هو ما ذهبوا إليه فإنه لا يحتاج به - هنا - أيضاً ، لأنه عورض بمنطوق أدلة أخرى ، بل بمنطوق يحجز هذا الحديث نفسه ، فقد طلب الرسول صلى الله عليه وسلم استئذانها ، والأصل فى الطلب الوجوب . وأما حديث خنساء بنت خدام - فع أنه استدلال بمفهوم المخالفة - أيضاً فإن لفظ (وهى ثيب) من الراوى لا من الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يكون حجة ، والراوى إنما أتى بهذا اللفظ لينقل القصة بكل ما يتصل بها من ظروف وملابسات ؛ فغاية ما افاده حديث خنساء أن الرسول أبطل نكاحها ، ولا شك أن مناط الحكم هو عدم رضاها ولا مدخل للثبوت بالبكارة فى ذلك بدليل أنه رد نكاح البكر التى زوجها أبوها وهى كارهة ، كما ثبت من جملة طرق صحيحة .

وأما الأمر باستثمار اليقظة فلا يدل على عدم وجوب استثمار غيرها ، بل صرح الرسول صلى الله عليه وسلم « بأن البكر يستأمرها أبوها ، وإنما خص اليقظة عناية بشأنها » .

والقول بأن الاستمرار من الأب مندرب كاستمرار النساء في بناتهن حمل
اللفظ على غير ظاهره من غير موجب ؛ فلو لا الإجماع على أنه لا يجب استمرار
النساء في بناتهن لقلنا بالوجوب ، والمسألة التي هي محل النزاع ليست محل
إجماع ، وثانياً أن هذا قياس مع الفارق ، فشتان بين استمرار الإنسان في شأن
من أخص شؤونه وبين استماره في شأن من شؤون غيره مهما كان ذلك
الغير من أقرب المقرين إليه .

ولم يبق من الأدلة النقلية للقائلين بولاية الإجماع إلا رواية الدارقطني
« والبكر يزوجها أبوها ، ومع فرض التسليم بصحة هذه الرواية وقوتها على
معارضة غيرها من الأدلة التي ساقها القائلون بعدم الإجماع ، فإن هذه الرواية
مطلقة كما ترى ؛ وقد قيدت برواية « والبكر تستأذن والبكر يستأمرها
أبوها ، ومن المعروف أنه إذا اجتمع مطلق ومقيد حمل المطلق على المقيد ،
فيكون معنى الحديث : أن البكر يزوجها أبوها إذا استأذنها واستأمرها .

وأما ما قالوه من استدلالهم بالمعقول بأن البكارة مظنة عدم الخبرة الخ ،
فردود بما قررناه في مبحث الولاية من أن البكارة مظنة الحياء عادة ، وهذا
يوجب أن يرخص لها بأن تعبر عن رضاها بأي طريق يفيد ذلك بالسكوت
أو ما في معناه .

وإذا كنا قد اخترنا القول - في مبحث الولاية - بأن للبرأة أن تلي عقد
النكاح فلا يسعنا إلا القول بوجوب رضاها عن هذا العقد . وهذا أقل الحقين .
هذا والناظر في هذه المسألة يتبين له أن منشأ الخلاف فيها ليس ترجيح
بعض النصوص على بعض من ناحية الصحة ؛ فكل ما استدلل به الطرفان
مسلم بصحته سوى حديث تخيير النبي صلى الله عليه وسلم للبكر التي زوجها

أبوها وهي كارهة ، وإنما منشأ الخلاف هو استدلال البعض بمفهوم المخالفة ولم ير أن هناك منطوقاً يعارضه .

وأن البعض الآخر لم يحتج بهذا المفهوم وأخذ بظاهر اللفظ ، ثم هناك منشأ آخر للخلاف وهو تحديد علة ولاية الإيجار أم الصغر أم البكارة . فالأخاف ومن معهم قالوا : العلة الصغر ؛ والشافعية ومن معهم قالوا : البكارة .

ولقد بينا وجهة نظر كل من الطرفين . والله أعلم بالصواب .

(٣) البكر الصغيرة يزوجها غير الأب :

غير الأب إما أن يكون جداً أو غيره من الأولياء ، وفي صحة تزويج ذلك أو هؤلاء للصغيرة البكر خلاف وتفصيل في المذاهب .

أولاً : ذهب الحنفية والشافعية والزيدية إلى أن الجد كالأب فله تزويجها جبراً ، وقد روى أبو الخطاب من الحنابلة عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أبيه مثل هذا القول ، وهذا المذهب هو مذهب الإمامية إلا أنهم - كما نقل في كتاب الخلاف للطوسي - يشترطون لولاية الجد وجود الأب ، ولكن صاحب كتاب المختصر النافع ذكر الخلاف في هذا الشرط بل قال : إن في مستند اشتراطه ضعفاً .

وهذا المذهب منقول عن عمر وعلي والعبادلة وأبي هريرة رضي الله عنهم كما هو أيضاً - مذهب الحسن البصري وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة والأوزاعي .

وثانياً : ذهب ابن حزم والحنابلة في أصح الروايات عنهم إلى أنه ليس للجد أن يزوج البكر الصغيرة ، وهو مذهب المالكية إلا أنهم قالوا إن القيمة

إذا خيف عليها الفساد وبلغت عشر سنين شوور فيها القاضى ، فإن أجاز
نكاحها زوجت ؛ وإلى عدم صحة تزويج الجدة للصغيرة البكر ذهب أبو عبيد
والثورى وابن أبى بعلى ^(١) .

فى بعض هذه المذاهب تفصيلات يرجع إليها فى كتب المذاهب .

دليل الذين أحقوا الجد بالأب :

استدلوا بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فقوله تعالى : « واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسماعيل ويعقوب » ^(٢) ،
وإبراهيم وإسماعيل كانا جددين فسيماهما الله أبوين .

وأما المعقول فلأن ولاية الجد ولاية إيلاد كالأب ولأنه يملك النصرف
فى المال كالأب دون غيره من العصيات ، ولأنه وافر الشفقة مثله
أو قريباً منه .

دليل الذين قالوا بعدم صحة زواج البكر الصغيرة بولاية الجد :

استدلوا بالمنقول والمعقول أيضاً :

أما المنقول فأحاديث استئثار القيمة منها ما رواه أبو داود والنسائى أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال : (تستأمر القيمة فى نفسها ، وإن سكنت فهو

(١) تراجع الكتب الآتية شرح الزيلعى على الكنز ج ٢ ص ١٢١ ، شرح

المنهاج مع حاشيتى عميرة والقلوبى ج ٣ ص ٢٢٣ وشرح الروض ج ٣ ص ١٢٦

والشرح الكبير على متن خليل ج ٢ ص ٢٢٤ ، والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٨٢

والمجلى ج ٩ ص ٤٥٩ ، والبحر الزخار ج ٣ ص ٢٩ وكتاب الخلاف للطوسى

ج ٢ ص ٥٩ والمختصر النافع ص ١٩٧ .

(٢) سورة يوسف الآية ٣٨ .

إذنها وإن أبت فلا جواز عليها) ، والصغيرة ليس لها إذن ولا أمر معتبر فيمنع زواجها حتى تبلغ وتأن ، وهذا الحديث يتناول كل يتيمة سواء كان لها جد أو لا .

وأما المعقول : فلأن الجد - كغيره من العصبات - قاصر الشفقة ، ويدل بغيره وهو الأب فكان كباقي العصبات .

والرأى المختار هو الأول فقد رأينا الشارع يقيم الجد مقام الأب في كثير من الأحكام وقد سماه الله أباً كما نطقت الآية المذكورة أيضاً .

وأما الحديث الذي تمسكوا به من وجوب استثمار اليتيمة فهو محمول يقينا - على الكبيرة تجوزاً باعتبار ما كانت عليه ، وذلك لأن الصغيرة ليس لها أمر معتبر ، فتبقى الصغيرة على أصل الولاية ، ولا شك أن للجد عليها ولاية المال فكذا ولاية النكاح خشية أن يفوت الكفء إذا أخرت إلى سن البلوغ ليؤخذ رأيها .

والقول بأن الجد قاصر الشفقة مشكوك فيه ، فأبناء الأبناء لهم منزلة عند جدهم كنزلة الأبناء ، وإن شذ بعض الناس عن هذا فهو نادر شاذ ولا يقام عليه تشريع عام .

وأما إن كان العاقد غير الجد فقيه أيضاً تفصيل واختلاف في المذاهب . فأولاً : ذهب الحنفية والزيدية إلى أن الولي أيا كان أن يعقد لها جبراً وقد روى مثل هذا عن أحمد ، وهذا المذهب نقل عن عمر وعلى والعبادة وأبي هريرة والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقنادة والأوزاعي إلا أن الحنفية قالوا : لها الخيار إذا بلغت وخالف في ثبوت الخيار أبو يوسف وغير الحنفية ممن قالوا بثبوت ولاية الإجماع أنير الأب قالوا : بثبوت الخيار حتى لو كان العاقد الجد .

وثانيا: ذهب الشافعية والإمامية والحنابلة في أصح الروايات عنهم
والمالكية إلى عدم صحة ترويج غير الأب والجدة للصغيرة القيمة وهو مذهب
الثوري وأبي عبيد وابن أبي ليلى^(١).

دليل من قال بولاية الإجماع لغير الأب والجدة وهم الحنفية ومن معهم:
استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فقوله تعالى: «وإن خفتم ألا تنسطوا في اليتامى فانكحوا
ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع»^(٢) الخ.

ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها دلت على منع نكاح اليتيمات عند
خوف عدم العدل وهذا فرع صحة النكاح عند عدم الخوف المذكور.

والقيمة - كما هو معروف لغة وشرعا - هي من مات أبوها ولم تصل إلى
سن البلوغ.

وليس هذا استدلالا بمفهوم المخالفة حتى يقال إنه ليس بحجة عند الحنفية
وذلك لأن الأصل حل ما سوى المحرمات من النساء يقوله تعالى بعد ذكرهن
«وأحل لكم ما وراء ذلكم»^(٣) فإذا نهوا عن نكاح اليتيمات عند الخوف من
عدم العدل ثم زال هذا المانع عاد الحل الثابت من قبل، وليس الحل ثابتا
بمفهوم المخالفة، وهذا واضح.

ويؤكد هذا المعنى ما روى عن عروة بن الزبير قال: سألت عائشة رضي
الله عنها عن قول الله تعالى: «وإن خفتم ألا تنسطوا في اليتامى» الآية فقالت
يابن أختي: هذه اليتيمة تكون في حجر وليها يشركها في مالها، فيعجبها مالها
وجملها فيريد أن يزوجهها بغير أن يقسط في صداقها، فيعطى مثلها يعطيها

غيره فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ، ويلبوا أعلى ستمهن في الصداق ، حديث منفق عليه .

وأيضا فقد روى البخارى عن عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها قالت فى قوله تعالى ويستفتونك فى النساء ، قل الله يفتيكم فيهن ، وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن^(١) ، هو الرجل تكون عنده اليتيمة هو وليها ووارثها فأشركته فى ماله حتى فى النطق^(٢) فيرغب أن ينكحها ، ويكره أن يزوجه رجلا فيشركه فى ماله بما شركته فيفضلها ، فنزلت هذه الآية) .

فالحديثان صريحان فى اليتيمة تكون فى حجر وليها الذى يصح له أن يزوجه ، وهى لا تسمى يتيمة إلا إذا كانت صغيرة ، ولا يكون مالها فى حيازته إلا إذا كانت صغيرة .

والحديث الأول صريح فى أن الآية نزلت فى النهى عن زواج اليتيمة الغنية الجميلة إلا أن يقسط لها فى الصداق ، ويدل على جواز نكاحها عند عدم الخوف من الجور سواء كان الحل مستفادا من الأصل الممهد آنفا أو كان مستفادا من مفهوم الشرط .

والحديث الثانى دل على أن الآية الثانية نهت عن عزل اليتيمة اللديمة التى لها مال ، ومقتضى هذا أن الولى مطالب بزواجها متى جاءه الكفاءة .
وعما يؤكد أن المراد باليتيمة هى الصغيرة النهى عن الحط عن أعلى صداق لأمثالهن ، إذ لو كانت كبيرة ورضيت بالحط فلا يكون منها عنه إجماعا .

وأما السنة زيادة على الحديثين السابقين ، فما روى أن رسول الله صلى

(١) النساء الآية ١٢٧ .

(٢) المراد به النخلة ..

الله عليه وسلم زوج أمامة بنت عمه حمزة وهي صغيرة عمر بن أبي سلمة (على الأصح) وهي ابنة عمه ، وقال : « لها الخيار إذا بلغت » .

وليس تزويجه إياها بولاية النبوة بل بولاية العصبية والقرابة بدليل أنه لم يزوج أحداً من المسلمات مع أنه ولي الجميع ؛ وأيضا لو كان بولاية النبوة لما كان لها خيار إذا بلغت لقوله تعالى : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » (١) .

فإن قيل : إن العباس رضى الله عنه هو أقرب العصيات إليها فدل أن العقد بمقتضى ولاية النبوة ، قلنا : يحتمل أنه كان غائبا ، أو أنه لم يباشر العقد بنفسه تأدياً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولئن سلم أن العقد كان بولاية النبوة ، فهذا لا يفدح في الاستدلال للدعوى التي نحن بصدها ، وهي جواز تزويج الصغيرة اليقمة بولاية غير الأب والجد .

ولا يقال : إن هذا من خصوصياته صلى الله عليه وسلم لعدم قيام دليل على الخصوصية .

ومما يدل على عدم الخصوصية أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب أم كلثوم بنت أبي بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهي دون عشر يقينا ، لأنها ولدت بعد موت أبيها ، وولاية عمر رضى الله عنه كانت عشر سنوات ولكن الجارية كرهت ذلك فتزوجها طلحة بن عبيد الله . ولم ينكر ذلك منكر من الصحابة رضوان الله عليهم .

وأما المعقول : فهو أن الحاجة إلى اختيار الكفء ثابتة ، لأن مقاصد

النكاح إنما تم عند التكافؤ؛ والكف يظهر في وقت ذن وقت، والولاية شرعت لعل الحاجة فيجب إثباتها قصد هذه المصلحة، وحيث مات الأب فتنقل الولاية إلى العاصب الأقرب فالأقرب لما روى من قوله صلى الله عليه وسلم «الانكاح إلى العصبات»، روى هذا الحديث سبط بن الجوزي وغيره، فوجب أن يعمل به في حق الصغيرة لأنها أعجز وأمس حاجة إلى الزواج. ولأن الخاطب قد لا ينتظر إلى البلوغ فيفوت الكف الخاطب فوجب القول بجواز عقد غير الأب من الأولياء لوجود أصل الشفقة، والقرابة داعية إليها عادة وطبيعة.

وقصور الشفقة في غير الأب والجدة يجبر بإثبات الخيار لها إذا بلغت. وفي ذلك تحقيق لمصلحة الصغيرة؛ لأنه إن كان كفناً ووافقها فقد ظفرت به، وحرصت على بقاء الزوجية بينها وبينه، ولم تطلب الفسخ حين البلوغ. وإن لم يعجبها طلبت الفسخ، ولا يكون العقد الحاصل قبل البلوغ ملزماً لها.

هذا إلى أن اليتيمة تحتاج إلى فضل عناية في الصيانة والإعفاف، ففي تزويجها تحقيق لهذه الغاية السامية، وقد تكون فقيرة محتاجة إلى النفقة - وهذا كثير بين اليتيمات - وفي تعجيل زواجها سد لحاجتها ورحمة بها. دليل القائلين بعدم صحة تزويج غير الأب والجدة للبكر الصغيرة: استدلو بالسنة والمعقول.

فأما السنة فالأحاديث التي توجب استثمار اليتيمة، والصغيرة ليست أهلاً للإستثمار والاستئذان فوجب أن يراد من اليتيمة البالغة تجوزاً باعتبار ما كان كما في قوله تعالى «وآتو اليتامى أموالهم»^(١).

ومن هذه الأحاديث ما روى عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سككت فقد أذت ، وإن أيت لم تكره » .

ومنها ما رواه الخمسة إلا ابن ماجه عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سككت فهو إذنها وإن أيت فلا يجوز عليها » .

ومنها ما رواه أحمد والدارقطني عن ابن عمر رضى الله عنهما في حديث طويل ذكر فيه أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان بعد موته ولم ترض البنت بذلك فرفع أمرها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : (إنها يتيمة ولا تسكح إلا بإذنها) فرغبت عن ابن عمر ، وزوجت المغيرة بن شعبة .

فهذه الأحاديث صريحة في أن اليتيمة لا تزوج إلا برضاها ، والصغيرة ليس لها رأى معتبر شرعا فوجب أن ينتظر بها حتى تبلغ ، ويعرف رأيها . وأما المعقول : فلأن القياس يأبى أن يكون لأحد ولاية على غيره إذا كان حراً إلا الحاجة ، ولا حاجة إلى النكاح عند انعدام الشهوة ، ومقياس ذلك الصغر والبلوغ ، إلا أن ولاية الأب على ابنته الصغيرة ثبتت نصاً بدليل تزويج أبي بكر عائشة من الرسول صلى الله عليه وسلم ، ومن جعل الجد كالأب قال : هو أب - كما تقدم ، فبقى ما سواهما على أصل القياس وهو عدم الولاية . وأيضا فإن غير الأب والجد من الأولياء لا يملكون التصرف في المال بالولاية فلا يملكون عقد النكاح كذلك .

مناقشة الأدلة وذكر المذهب المختار :

إن الناظر إلى أدلة الحنفية ومن معهم يرى أنهم أجروا لنظ اليتامى

في قوله جل شأنه « وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى ، الخ وقوله تعالى « وما ينل عليكم في الكتاب في يتامى النساء ، على معناه الحقيقي ولم يصرفوه إلى معنى مجازي لإمكان حمل الكلام على حقيقته فلا يعدل عنه إلى المجاز ، وقد تأكد هذا بالحديثين المرويين عن عائشة رضي الله عنها في سبب نزول الآيتين فوافق الخبران ظاهر الكتاب فلا يجوز العدول عنه إلى التأويل والقول بالتجاوز لعدم الحاجة إليه .

وقد تأكد هذا بتزويجه صلى الله عليه وسلم أمامة بنت حمزة وهي صغيرة يتيمة ، وأيضاً خطبة عمر لأم كلثوم بنت أبي بكر وهي صغيرة من غير نكح ولهذا فإننا نرى قوة مذهب الحنفية ومن معهم في هذه المسألة ، وأحاديث استثمار اليتيمة لا يضعف أدلة الحنفية ومن معهم ، بل هو تأكيد لأخذ رأيها بعد بلوغها لأن اليتيم مظنة استضعافها وعدم احترام إرادتها ، ونحن معهم أن المراد باليتيمة في هذه الأحاديث الكبيرة بدليل طلب استثمارها فالتجاوز هنا له قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي بخلاف الآيتين المذكورتين .

وحديث ابن عمر لاجبة فيه على منع زواج اليتيمات الصغيرات فإن الحديث أن البنت حطت (أى مالت) إلى رأى أمها ، وهذا دليل أنه كان لها رأى معتبر وذلك بالبلوغ والعقل ، فليس الحديث في محل الخلاف وهي الصغيرة اليتيمة .

وأما ما ذكره من المعقول فداره على أن الولاية تعتمد الحاجة ، والصغيرة لاجبة لها إلى النكاح ، وهذا مدفوع بما قرره الحنفية من بيان حاجتها إلى النكاح أكثر من غير اليتيمة .

وأما قولهم أن غير الأب والجد لا يلبان التصرفات المالية فكذا النكاح

فهذا قياس مع القارن ، لأن المال محبوب بالطبع جبا قد يفضى إلى القطيعة بالحياة فيه لنفسه أو لغيره بالمحابة لقصور الشفقة في هذه الولاية .

ولما كانت هذه الولاية غير ملزمة لأن للبنت بعد البلوغ أن تختار نفسها وتطلب الفسخ فلو ثبتت مثل هذه الولاية في المال فلا يمكن تدارك ما فات منها لأن المال ينتقل من يد إلى يد ومن مالك إلى مالك وهكذا فلا تفيد هذه الولاية غير الملزمة في المال بخلاف النكاح فإن الزوجين باقيان فأمكن اعتبار ولاية غير الأب والجد ولاية غير ملزمة للصغيرة .

فإذا بلغت كان لها الخيار فتصرف على ضوء ما عرفت فإن شامت أبقت عقد النكاح وإن شاء طلبت الفسخ وعلى القاضي أن يجيها إلى ما طلبت لأن هذا حق لها .

هذا وإن أبا يوسف صاحب أبي حنيفة رضى الله عنهما يرى أن عقد الولي غير الأب والجد كعقد الأب والجد فلا يثبت لها خيار وهو مذهب عروة بن الزبير ، وحجته في ذلك أن الولاية إنما شرعت للنظر والمصلحة فإذا حكم بالنظر للصغيرة في هذه الولاية قام عقد الولي مقام عقدها فلا تخير .

وقد أجب عن هذا أن قصور الشفقة وعدم كمال الاهتمام بوجبان الخلل في المقاصد المأمولة من النكاح ، وقد رأينا الشارع لا يعطى غير الأب والجد ولاية المال ، ولذلك جبر هذا النقص بالقول بالخيار حين البلوغ .

وقد تأكد هذا بمحدث تزويجه صلى الله عليه وسلم لأمة بنت حمزة ، ولا شك أن القول بثبوت الخيار له وجهته نقلا وعقلا .

ملاحظة : العمل الآن كما تقدم على عدم سماع دعوى الزوجية إذا كانت

الزوجة دون ست عشرة سنة هجرية كما تقدم ، لا فرق بين أن يكون العاقد الأب أو غيره .

فهذا البحث ينفع الآن من الناحية القانونية في الكلام على صحة العقد أو عدم صحته ، لأن عدم سماع الدعوى لا يلزم منه بطلان عقد النكاح قانوناً وهذا واضح ، ولذلك فإن القضاء يسمع دعوى النسب المترتبة على نكاح الصغير والصغيرة .

٤ — البكر الكبيرة يزوجها غير الأب :

لا يخلو إما أن يكون المزوج الجد أو غيره ، فإن كان الجد فعند الشافعية أن ولايته عليها ولاية إجبار لأنه كالأب ، وولايته - عنده - ولاية إجبار . وذهب غيرهم إلى أن ولاية الجد في هذه الحال ولاية اختيار ونذب ، وليس له إجبارها ، أما عند الحنفية فلأن الولاية على الكبيرة مطلقاً ولاية نذب كما تقدم في مبحث الولاية ؛ وأما عند غيرهم فالخالف الجد بغيره لأنها يتيمة ، أي مات أبوها وإن كانت كبيرة .

وأما إن كان العاقد غير الجد فالكل يجمع على أن الولاية ولاية اختيار ، وليس له أن يجبرها ؛ ولو عقد لها بعد أن أظهرت الرض وعدم الرضى فهو نكاح باطل بالإجماع ، ويمكنك الاستدلال لهذا بما تقدم في المسألة السابقة فلا حاجة إلى الإعادة .

(٥ - ٦) تزويج الأب أو غيره الثيب الصغيرة :

قبل الكلام على أحكام الثيبات من حيث الولاية في النكاح يحسن أن نحدد معنى الثيب عند الفقهاء .

(١) لا أعلم خلافاً بين أحد من الفقهاء أن من زالت غنوتها بعد اتصال

جنسى بعقد صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة أو ملك يمين ثيب ، وتجرى عليها أحكام الثيبات التى ستذكر فى الصور الأربع الآتية أحكامها بعد .

(٢) كما لا أعلم خلافا بينهم أن من زالت عنرتها بغير الاتصال الجنسى كوثبة أو جراحة أنها بكر تجرى عليها أحكام العذارى التى سبق الكلام عليها فى الصور الأربع المتقدمة اللهم إلا قولاً منقولاً عن الشافعى رضى الله عنه فى أنها ثيب تجرى عليها أحكام الثيبات ، لأنها قد زالت عنرتها فصدق عليها أنها ثيب ألا ترى أنه لو اشترى أمة على أنها بكر فظهر أن عنرتها زالت بما ذكرنا فإن له حق الفسخ .

ولا شك أن مناط الحكم فى أحكام الولاية على الثيبات والأبكار هو الحياء ، فإن قول الرسول صلى الله عليه وسلم فى شأن البكر (إذنها صماتها) كان جواباً لقول عائشة رضى الله عنها (إن البكر تستحي) وقد تقدم هذا الحديث مراراً .

ولا شك أن من كانت كذلك الشأن فيها الحياء ، فإنها لم تمارس الرجال وزوال عنرتها - بما ذكرنا - لا يؤثر فى حياها ، فهى كمن خلقت بغير عنرة .

(٣) من زالت عنرتها بالزنا ، أتجرى عليها أحكام الأبكار أم الثيبات فى مسائل الولاية ؟ اختلف العلماء فى ذلك .

(١) ظاهر عبارة ابن حزم فى المحلى أن حكمها حكم الأبكار مطلقاً سواء كان الزنا برضاها أو كانت مكرهة وسواء تكرر أو لم يتكرر اشتهرت به أو لم تشتهر ، لأنها تجرى عليها أحكام الأبكار فى حد الزنا فكذلك فى أحكام الولاية فى النكاح .

وهذا الاستدلال كما ترى نقض لأصل مذهبه ، فهو معتمد على القياس

وما ذهب إليه ابن حزم قول مالك وهو ظاهر المدونة، ولكن لا يرد عليه ما أورد على ابن حزم، لأن مالكا لا ينكر القياس.

(ب) ذهب أبو حنيفة والزيدية والمالكية في أحد القولين وهو اختيار عبد الوهاب من أئمتهم إلى أنها في حكم الأبكار ما لم تشتهر به ويطير منها الحياء لأن مناط الحكم - كما تقدم - هو الحياء، وهو فيها أشد، لأنها في أشد الحرج وفي حاجة إلى ستر حالها، وظهورها بمظهر الأبكار، وهذا مما تستحسنه الشريعة لما فيه من عدم إشاعة الفاحشة، ولكن إذا اشتهرت به أو أقيم عليها الحد علنا فقد زال مناط الحكم فتجرى عليها أحكام الثيبات.

(ج) وذهب الشافعية والحنابلة والإمامية وأبو يوسف ومحمد إلى أنها ثيب مطلقا تكرر أم لم يتكرر اشتهرت به أو لم تشتهر، لأنها ثيب لغة، فإن الثيب هي المرأة التي زالت عفتها بمباشرة جنسية، وهذه كذلك، لا فرق بين المباشرة الحلال أم الحرام، وكذلك هي ثيب شرعا فإنه لو أوصى لثيبات بنى فلان دخلت فيهن وكذلك لو اشترى أمة على أنها بكر فوجدها قد زالت عفتها بالزنا فإن له حق الفسخ.

والمختار عندي هو قول أبي حنيفة ومن معه، لما تقرر أن مناط الحكم هو الحياء، ولا عبرة بقولهم إن النص قد ورد في حياء البكر خاصة، فلا يصلح للتعليل، وإنما يعال بمقتضه وهو البكارة، لما تقرر عند الأصوليين من أن العلة يشترط فيها أن تكون وصفا ظاهرا منضبطا.

لا عبرة بقولهم هذا لأن قول الرسول صلى الله عليه وسلم في شأن البكر «إذنهما صماتها، جاء - كما قلنا - جوابا لقول عائشة رضي الله عنها، إن البكر تستحي فكان التعليل بالحياء ثابتا بالنص سواء كان مصدره البكارة أو خشية الفضيحة، ومثل هذه الحياء عندها - في هذا الوقت - أشد.

وأما قياسهم أحكام الولاية على أحكام الوصية فقياس مع الفارق ، لأن أحكام الوصية مبنية على لفظ الموصى فقد علق إعطاء ما أوصى به لمن وصفت بالثبوت أو البكارة فوجب مراعاة لفظه ، ولكن أحكام الولاية مبنية أصلاً على الحياء الذي هو مناط الحكم بنص الحديث ، وأما رد الجارية فلفوات وصف مرغوب فيه للمشتري وهذا موجب للخيار .

وأيضاً فإن الأخذ بقول أبي حنيفة ومن معه فيه تحقيق لمعنى الستر الذي عرف من الشرع استجابته في هذا المقام .

(٤) من زفت إلى زوجها ثم انقطعت الزوجة ب وفاة أو فسخ أو طلاق قبل أن يفضى إليها أتجرى عليها أحكام الأبكار أم التيات ؟ فيه تفصيل واختلاف في المذاهب .

(١) ذهب مالك رضي الله عنه إلى أنه إن أقامت معه في بيت الزوجية سنة مع ثبوت الخلوة بها وشهدت منه ما تشهد المرأة من زوجها سوى الوصول إليها أنها في حكم التيات لزوال الحياء . هو مناط الحكم .

(ب) وذهب غيره إلى أنها بكر لبقاء عذرتها حقيقة ^(١) :

وحيث اعتبرنا أن مناط الحكم هو الحياء وجب المصير إلى ترجيح رأى مالك ، لأن طول عسرتها لزوجها ، وإطلاعها منه على ما تطلع عليه المرأة من

(١) تراجع الكتب الآتية : شرح الكنز للزايحي ج ٢ ص ١١٩ ، ١٢٠ ، حاشية السوقي على الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٣ ، حاشيتي قليوبي وعميرة على شرح الجلال المحلى على متن المنهاج للنووي ج ٣ ص ٢٢٣ ، والمفتي لابن قدامة ج ٧ ص ٣٨٨ ، والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، والبحر الزخارج ج ٣ ص ٢٨ ، ٢٩ ، وكتاب الخلاف لأطوسى ج ٢ ص ٥٩ .

زوجها مظنة زوال حياتها لطول ممارستها للرجال ، والتقدير بالسنة تقدير اجتهدى .

هذه هي آراء العلماء في تحديد معنى البكر والتيب ، فلنعد إلى بيان حكم ولاية الأب أو غيره في تزويج التيب الصغيرة ، وفيه مذاهب :

المذهب الأول : أنه ليس للأب ولا لغيره من الأولياء أن يزوجها ؛ بل ينتظر حتى تبلغ فتأذن ، وهو مذهب الشافعي وابن حزم ، وأحد قولي أحمد ، وهو ظاهر قول الحرق واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضي من الحنابلة .

المذهب الثاني : أن للولي تزويجها أباً كان أو غيره ، وهو قول أبي حنيفة والزيدية ، إلا أن الحنفية قالوا : إن زوجها الأب أو الجد فلا خيار لها بعد البلوغ ، وإن زوجها غيرهما فلها الخيار إذا بلغت .

المذهب الثالث : أن للأب تزويجها ولا يستأمرها ، وهو مذهب مالك والقول الثاني لأحمد واختاره أبو بكر بن عبد العزيز من الحنابلة ؛ وهو مذهب الإمامية ، غير أنهم ألحقوا الجد بالأب .

المذهب الرابع : أن بنت تسع سنين ولو لم تبلغ يزوجها وليها بإذنها ، وهو قول مخرّج في مذهب أحمد^(١) .

واليك أدلة هذه المذاهب ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

أدلة المذهب الأول :

استدلوا بالسنة والمعقول : أما السنة فالأحاديث التي طلبت إذن التيب كقوله صلى الله عليه وسلم : « التيب أحق بنفسها من وليها » ، « ليس للولي

(١) تراجع الكتب المذكورة آنفاً بصفتها إلا الخفي في ص ٢٨٥ .

مع الثيب أمر ، ، « الثيب تشاور ، إلى غير ذلك من الأحاديث التي وردت في هذا المعنى ؛ وقد تقدم لك كثير منها بأسانيدھا ورواتها .

وهذه الأحاديث بعمومھا تتناول الثيب الصغيرة والكبيرة ؛ غير أن الصغيرة لا يمكن استثمارھا لعدم أهليتها واعتبار أمرھا قبل البلوغ ، فيؤخر زواجھا إلى ما بعد البلوغ حتى تستأمر .

وأما المعقول فلأن ولاية الإجمار الثابتة للأب على ابنته البكر إنما ثبتت لعلّة البكارة ، لأن البكر لا تهتدى إلى معرفة الرجال لعدم خبرتها لهم ، فحكمها عليهم يكون عرضة للخطأ لأنه حكم صادر عن عدم خبرة وتجربة ، وغالباً ما يكون حكماً بالعاطفة التي كثيرا ما تطغى على العقل .

أما الثيب فقد خبرت الرجال ، ومارست شئون النكاح فلا بد من رضاها لكن الصغيرة لا يعتبر أمرھا لعدم أهليتها فينتظر حتى تبلغ ، وتعبّر عن رأيها وفي تأخير زواجها فائدة لها وهو اختيارها زوجها بنفسها ، وليس لها في التعجيل فائدة لعدم حاجتها إلى الزواج لصغرھا .

دليل المذهب الثاني :

استدلوا بالنقل والعقل :

أما النقل فالأدلة التي أثبتت صحة تزويج الصغيرة لم تفرق بين ما إذا كانت بكرأ أم ثيباً كالآيتين المثبتين لصحة زواج اليتميات فليس فيها تفرقة بين بكر وثيب (تراجع أدلة القائلين بتزويج غير الأب للبكر الصغيرة) .

وأما المعقول : فلأن الحاجة ماسة إلى إحراز الكفء ، والولاية على الصغيرة في النكاح ليس إلا لتحصيل الكفء ، ولما كانت الصغيرة ليس لها رأى معتبر لعدم أهليتها ، وقد يكون في التأخير لإضرارها لذلك كان لوليا

حق العقد عليها لما له عليها من ولاية ، ولما كان قصور شفقة الأولياء سوى الأب والجدة قد يكون سبباً في غيبتها لذلك أثبت لها الشارع الخيار بعد البلوغ .
وأما الأب والجدة فالشأن فيهما أنهما وافرا الشفقة لا يألوان جهدهما في تحري مصلحتها لذلك كان تصرفهما ملزماً لها .

وكون بعض الآباء والأجداد يقصر في الاختيار فهذا نادر والنادر كما يقولون - لا حكم له .

دليل المذهب الثالث :

أن الولاية إنما شرعت على الحرية باعتبار الحاجة ، فإن الأصل أن الحرية لا يتفقد عليها تصرف غيرها إلا برضاها ، ولكن ثبتت ولاية الأب على الصغيرة بالنص بزواج أبي بكر لابنته عائشة وهي صغيرة ، فثبتت ولاية الأب في تزويج الصغيرة ثبتت على خلاف القياس فلا يلحق به غيره ولو كان جداً ، لقصور شفقته ، ولأنه بدلي إليها بواسطة .

وأما الإمامية الذين ألحقوا الجد - خاصة - بالأب ، فلأن الجد أب بالنص لقوله تعالى « واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب »^(١) ، وإبراهيم وإسحاق كانا جدين ليوسف ، ولأنه وافرا الشفقة كالأب .

هذا والصغيرة التي ليست لها حاجة إلى النكاح لعدم الشهوة فليست هناك حاجة إلى ولاية النكاح اللهم إلا ولاية الأب التي ثبتت بالنص كما يقول مالك ، والجدة لأنه أب كما يقول الإمامية .

دليل المذهب الرابع وهو المخبر : على أصول مذهب أحد ، فظاهر من عبارة كتبهم أنه ليس قولاً له .

استدل له بالمنقول والمعقول .

أما المنقول : فأولا الآيتان الدالتان على جواز تزويج اليقينة ، والأخبار التي توجب استئذانها ، ومن كانت دون التسع ليس لها إذن معتبر شرعا فوجب حمل الاستئذان على من بلغت تسعا .

وثانيا : ما رواه الإمام أحمد بإسناده إلى عائشة رضى الله عنها أنها قالت (إذا بلغت الجارية (أى الفتاة) تسع سنين فهي امرأة) .

وروى القاضي بإسناده عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه .

وأیضا فإنها بلغت سنا يمكن فيه حیضها ، ويحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة الثيب ، وهي لا تزوج إلا بإذنها ورضاها ^(١) . مناقشة الأدلة وذكر ما هو المختار :

أما المذهب الرابع والفرقة بين من بلغت تسعا ومن كانت دون ذلك فإن الآيتين الدالتين على جواز نكاح اليقينة مطلقتان ليس فيهما ما يدل على سن محد فكل من صدقت عليها أنها يقيمة جاز نكاحها وإنكاحها .

والخبر المروى عن عائشة رضى الله عنها على فرض صحة الاحتجاج به مستندا ومتنا لا يدل على أكثر من أن من بلغت تسع سنين يمكن أن تجرى عليها أحكام البالغات من النساء ؛ ولكن القول بوجوب إثبات حكم البالغة لها ، فهذا منقوض بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المشهور الذي هو

(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٢٨٣ والشرح الكبير لشمس الدين

عبد الرحمن المقدسى ج ٧ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ .

أصل من أصول التشريع : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، والتقييد بالصغير ليس له مفهوم ليخرج الصغيرة : فالمدار في تغير الأحكام بين الصغير والكبير إنما هو البلوغ .

ومثل هذا يقال في الأثر الذي رواه القاضي عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما ما ذكره من المعقول من أنه قد حدث لها حاجة إلى النكاح لوجود أصل الشهوة ، لأنها في سن المراهقة ؛ وقبل هذا ليست لها حاجة إليه ، فهذا مبنى على أن النكاح لا يشرع إلا لدفع حاجة الشهوة ، وهذا في حيز المنع بل النكاح شرع لأغراض كثيرة قد يكون منها ما ذكره ، وقد يكون منها الرغبة في الإصهار إلى الكف ، يدلك على هذا تزوجه صلى الله عليه وسلم بعائشة وهي دون التسع ، نعم لا يمكن منها الزوج إلا إذا أصبحت أهلا للعاشرة الزوجية ؛ وهذا أمر يختلف فيه النساء اختلافا كبيرا .

وبهذا التقرير اندفع مقاله مالك من أن الولاية شرعت على خلاف القياس بالنص ، والنص ورد في الأب دون غيره ؛ لأن الولاية شرعت لحاجة الصغيرة إلى الزوج الكف ، فحيث وجدت ثبتت الولاية للولي ، أيا كان الولي تحقيقا لمصلحة الصغيرة ؛ وليست صحة النكاح والحاجة إليه متوقفة على الشهوة لما تقدم .

وأما ما ذكره الشافعية ومن معهم من الأحاديث فيجب حملها على النبي الرشيدة ؛ لأن الحديث صريح في أنها أحق بنفسها من وليها ؛ والصغيرة ليس لها حق التصرف في أي شيء من شؤونها بل شؤون النكاح .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر أو تستأذن ، كما وردت الروايات المتعددة دليل على وجوب استثمارها واستئذانها إن

كانت أهلا لها . ألا ترى أن المجنونة يزوجه الولي ولو كانت ثيبا متى كانت كبيرة من غير استئثار أو استئذان .

ومما يؤكد هذا المعنى أن الشارع أثبت ولاية النكاح للعصبة على البكر الصغيرة ، مع أنها أقل حاجة إلى النكاح من الثيب ؛ كما هو معروف ، فثبتت الولاية على الثيب الصغيرة لإنجاز نكاحها أولى لحاجتها إلى ذلك ، والولاية مشروعة للحاجة .

وأما ما ذكره من المعقول فهو مبنى على أن ولاية الإيجاب مناطقها البسكرة لا الصغر ؛ وقد قررنا أكثر من مرة أن الصغر أولى بالعلية من البسكرة ؛ فإنه مظنة العجز وعدم القدرة على التصرفات شرعا ، فدعت الحاجة إلى مشروعية الولاية لتحقيق المصلحة للصغير أو الصغيرة .

ومن العجب أن يقال بولاية الإيجاب على الرشيدة البالغة العاقلة إن كانت بكرا ؛ ولا يقال بها إن كانت صغيرة متى كانت ثيبا ، وأيضا فقد أثبتوا ولاية الإيجاب على الثيب المجنونة مع أنها ليست لها أهلية وليس لها إذن أو أمر معتبر .

ولا شك أن اختيار الزوج يعتمد أولا على النضج العقلي وممارسة الثيب الصغيرة ممارسة قاصرة لاتصلح أن تكون أساسا لاختيارها حتى بعد البلوغ . والذي ينبغي أن يكون مناط ولاية هو الصغر لا البسكرة .

ولذلك يظهر لك جليا ترجح مذهب الحنفية ومن معهم

(٧ - ٨) تزويج الأب أو غيره الثيب الكبيرة :

أجمع العلماء على أنه ليس للولي أبأ كان أو غيره حق إجبار الثيب الرشيدة وشذ عن هذا الإجماع الحسن فقال : يجوز إنكاحها بنير رضاها .

وقال النخعي : إن كانت في عياله فله ولاية إجبارها وإلا فلا ^(١) .

ولعل وجهة الحسن أن الأنوثة مظنة عدم الاهتداء إلى اختيار الأكفاء لأن المرأة - عادة - تتأثر بالعاطفة ، وربما كان الرجل زيراً يخطب قلبها ، وهو في نفسه ليس بذى خلق كريم فجعل حق اختيار الزوج للولى ، لأنه بالرجال أخبر .

وأيضاً فكما أجبرت البكر الرشيدة - مع تمام أهليتها - فكذلك الثيب الرشيدة لاستوائهما في الأنوثة .

وأما النخعي فقلعه لاحظ قوة الاتصال بها لاختلاطها بعياله فلم تنقطع ولايته عليها ورعايته لها .

وهذا أقصى ما يمكن أن يقال في تعليل هذين المذهبين ، وهذا التعليل - إن صح - فهو في مقابلة النصوص الكثيرة الدالة على عدم إجبار الثيب ، ولذا قال إسماعيل بن إسحاق (لا أعلم أحداً قال في الثيب بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنّة ^(٢)) .
دليل سائر الأئمة .

استدلوا بالمنقول والمعقول .

أما المنقول فأولاً ما رواه البخارى وغيره أن الحنساء بنت خدام الأنصارية زوجها أبوها - وهى ثيب - فكرهت ذلك فأت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها .

(١) تراجع الكتب السالفة الذكر في مظاهرها المذكورة آنفاً .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٨٥ .

قال ابن عبد البر هذا الحديث يجمع على صحته والقول به ، ولا نعلم مخالفاً له إلا الحسن ^(١) .

وثانياً ما روى عن أبي هريرة قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا تنكح الأيم حتى تستأمر) الخ متفق عليه .

وثالثاً : ما سبق من قوله صلى الله عليه وسلم (الأيم أحق بنفسها من وليها) الخ ولفظ الأيم يتناول الثيب يتيقن .

ورابعاً : ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (ليس للولي مع الثيب أمر) .

إلى غير ذلك من الأحاديث الكثيرة الواردة في هذا الباب وقد مر عليك الكثير منها .

وأما المعقول فلأنها رشيدة عالمة بمقاصد النكاح خيرة باختيار الأزواج فلم يجز إجبارها كما لا يجوز إجبار الرجل على النكاح .

ولأنها تملك التصرف في مالها فكنا في اختيار زوجها لأن كلاً من مصلحتها وهي أعرف بها من غيرها

منشأ الخلاف في مسألة الولاية في النكاح إجباراً أو ندباً بعد استعراض آراء الفقهاء في مبحث الولاية على عقد النكاح أو مبحث الإيجاب في عقد النكاح يتضح لك أن منشأ الخلاف يرجع أولاً إلى علة الولاية في عقد النكاح ، أهى الأنوثة أو البكارة أو الصغر ؟ فن قال هى الأنوثة قال بعدم ولاية المرأة في عقد النكاح ، بل منهم من سلبها حق التعبير عن رأيها كالحسن حتى وإن كانت ثيباً .

ومن قال إن ولاية الإيجاب عليها البكارة قال بصحة العقد عليها بغير رضاها وإن كانت بالغة .

ومن قال إن العلة هي الصغر قال بولاية الإجماع على الصغيرة وبولاية
النسب على غيرها .

هذا والمجنونة في كل ما ذكرنا كالصغيرة ، اللهم إلا إذا كانت ثيبا ، فأكثر
الفقهاء على جواز تزويجها ولا سيما إن كان الولي الأب ، وقد خالف في ذلك
بعض الفقهاء ، ممن قال بعدم تزويج الصغيرة الثيب كابن حزم وبعض الخنابلة .
وتوجيه هذه الآراء يمكنك الرجوع إليه فيما ذكرنا من أحكام الصغيرات ،
فلا نعيده خشية الإطالة .

هذه آراء العلماء في أحكام الولاية في النكاح نعرضها مع أدلتها ، والله
وحده هو أعلم بالحق والصواب .

وما أردنا إلا عرض صورة صادقة لما كان عليه علماءنا رحمهم الله
من حرية الفكر جزاهم الله عنا أحسن الجزاء وأثابهم عنا خير المثوبة .

• • •

هذا والعمل - الآن - على ظاهر الرواية من مذهب الحنفية في جميع
ما تقدم من مبحث الولاية في عقد النكاح أو ولاية الإجماع فيه ، وذلك
لأنه لم يصدر قانون يستثنى هذه الأحكام أو بعضها ، والأصل أن جميع
أحكام الأحوال الشخصية يقضى فيها بظاهر الرواية من هذا المذهب إلا
ما استثنى من مسائل بقانون .

مبحث الشهادة في عقد النكاح (*)

الكلام في هذه المسألة ينحصر في موضعين :

الأول : الكلام على أصل اشتراط الشهادة في عقد النكاح ، وهو الموضوع المقرر على طلاب الصف الرابع من كلية الشريعة .

الثاني : الكلام على ما يشترط في الشهود عند من يشترط الشهادة ، وهذا الموضوع وإن لم يكن مقررا إلا أننا بحثناه تمهيدا للفائدة ، ولكي يكون مرجعا لمن أراد استيعاب البحث من جميع نواحيه .

الموضوع الأول : أصل اشتراط الشهادة في عقد النكاح :

لا نعلم خلافا بين العلماء في أن الشهادة ليست شرطا لصحة عقد من العقود إلا النكاح ، اللهم إلا ما نقل عن الظاهرية من اشتراطهم الشهادة على المبيعات أخذا بظاهر قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تباعتم »^(١) وقولهم هذا مخالف للإجماع ، ولعمل الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه ؛ فقد كانوا يتبايعون سرا وجهرا ؛ وإنما هذا الأمر للإرشاد لا غير .

وأما الشهادة على النكاح : فقد اختلف العلماء فيها على أربعة مذاهب :
المذهب الأول : أنها شرط لصحة النكاح ، وكل نكاح بلا شهادة فاسد ،

(*) اشترك معنى في وضع أصول هذا البحث فضيلة أخى وزميلى المرحوم الشيخ محمد على الديب ، وقد زدت فيه وأنقصت بقدر مادعت إليه الضرورة مع الحفاظ على أصل الفكرة .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، والمشهور عن أحمد، وهو مذهب الزيدية، وهو المروى عن عمر وعلى وابن عباس من الصحابة، وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي من التابعين، وعليه العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من التابعين وغيرهم.

المذهب الثاني : أنها ليست شرطا لصحة النكاح ، وإن كانت مندوبة ، وإلى هذا ذهب الظاهرية والإمامية وابن أبي ليلى وأبو ثور وعثمان البتي من الحنفية ، وهو - كذلك - رواية عن أحمد ، وهو مذهب ابن عمر والحسن بن علي السبط وابن الزبير من الصحابة ، وسالم وحمة ابني عبد الله بن عمر والزهرى من التابعين ، وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي ويزيد ابن هارون والعنبري وابن المنذر ، ويظهر من كلام ابن عبد البر أنه اختاره فقد نقل عنه أنه قال : قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا برلى وشاهدين عدلين » ، من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ضعفا فلم أذكره .

المذهب الثالث : وهو مذهب مالك ، وحاصله كما يؤخذ من كتبهم : أن الشهادة شرط عند البناء بالزوجة ، مندوبة عند العقد ، فإن حصلت عند العقد تحقق الشرط والتدب ، بشرط أن لا يستكم الشهود ، ونقل عنه اشتراط الإعلان دون الإشهاد .

المذهب الرابع : وهو مذهب ابن حزم ، أن الشرط هو إشهاد عدلين فصاعدا ، أو إعلان عام ، فإن استكم الشاهدان لم يضر ذلك شيئا .

فهو يتفق مع مالك في اشتراط : إما الإشهاد وإما الإعلان العام ، ويختلف

معه في أمرين : أولهما ، أن هذا على العقد خاصة ، وثانيهما ، أنه لو استكنتم الشهود فلا يضر عنده ^(١) .

وإليك أدلة كل مذهب ، ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .
استدلوا بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فأولا ، ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (البخايا اللأئي ينكحن أنفسهن بغير بينة) رواه الترمذی : ذكر أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى ، وهو ثقة فيقبل رفعه وزيادته .

وثانيا : ما روى عن عمران بن الحصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) ذكره أحمد في رواية ابنه عبد الله .

وثالثا : ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) رواه الدارقطني وأخرجه البيهقي .

وقد روى هذا الحديث بلفظ قريب من هذا ابن حزم بسنده ، وقال : لا يصح في هذا الباب (أى باب إشهاد عدلين) غير هذا السند .

وقال ابن حبان : لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا .

ورابعا : ما رواه مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب

(١) تراجع الكتب الآتية : شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ٩٨ ، الشرح الكبير على متن خليل للدردير مع حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢١٦ ، شرح الروض للشيخ زكريا ج ٣ ص ١٢٢ ، والمغني لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، وكتاب الخلاف للطوسي ج ٢ ص ٥٩ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، والبحر الزخار ج ٣ ص ٢٧ ، ونيل الأوطار لشوكاني ج ٦ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

رضى الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة ، قال : « هذا نكاح السر ، ولا أجزه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجعت . »

وغامسا : ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « لا نكاح إلا بينة ، وهو إن كان موقوفاً إلا أنه في حكم المرفوع ، إذ لا مجال للرأى فيه ، لأن اشتراط شرط شرعى لا بد له من دليل شرعى قد اطلع عليه ^(١) . »

وهذه الأحاديث وإن كان لم تسلم أسانيدُها من مقال إلا أن بعضها يقوى بعضاً فتصبح حجة على أن حديث عائشة رضى الله عنها قد صرح ابن حزم بصحته ، وكذلك ابن حبان ، ومع هذا فقد عضد بالروايات الأخرى الضعيفة وكل هذه الأحاديث - مجتمعة - تحتم وجود شهود على العقد ، فالحديث الأول وصف من تنكح نفسها بغير بينة أنها من البغايا ، وهذا أمر مستنكر شرعاً .

والثاني والثالث والخامس نفي النكاح عند الإشهاد ، والمتبادر من هذه العبارة إنما هو نفي الصحة ، لأن نفي الصحة أقرب شيء إلى نفي الحقيقة .

وحديث عمر (الرابع) حكم على النكاح الذى لم يتوفر فيه نصاب الشهادة بأنه نكاح سر ، وأنه لا يجزه ، ولا يليق بعمر أن يقول هذا إلا بدليل شرعى ثبت عنده ، فليس له ولا لغيره أن يفتات على الله ورسوله .

وأما استدلالهم بالمعقول : فلأن النكاح يتعلق بالبيع ، وهو من الأمور الخطيرة ، وهو عقد ترتبط به أواصر الأسرة ، وقد عهد من الشارع الاحتياط في أمر الأبدان على وجه لم يعهد في غيرها ، فكان لابد من المحافظة على قداسة هذا العقد بأشراط الشهادة عليه صوتاً له عن المجود والإنكاح ، وصيانة

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، والمحلى ج ٩ ص ٤٦٥

للزوجين من التهمة بأشع جريمة وهي الزنى ، ولأن هذا العقد يتعلق به حق غير المتعاقدين من الولد ، فاشتطت الشهادة صوتاً له عن الجحود .

أدلة من لم يشترط الشهادة :

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » ^(١) وقوله جل شأنه « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ^(٢) ، وقوله تعالى « وانكحوا الأيامي منكم » ^(٣) .

ووجه الاستدلال بهذه الآيات أنها إما مطلقة ليست مقيدة بشهود ، فالمكلف غير بين أن ينكح بشهود أو بغير شهود ، وإما عامة تتناول النساء جميعاً غير المحرمات وليس منهن غير المشهود على نكاحها .

وعلى ذلك فاشتراط الشهادة لصحة العقد زيادة على الكتاب بدون دليل فيرد .

وأما السنة فأولاً ما روى عن سهل بن سعد الساعدي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله وهبت نفسي منك ، فقال : « مالى اليوم بالنساء من حاجة » ، إلى أن قال فقام رجل فقال يا رسول الله أنكحني - إلى أن قال النبي صلى الله عليه وسلم : « اذهب فقد أنكحتك بما معك من القرآن ، والحديث متفق عليه .

(١) سورة النساء من الآية ٣ .

(٢) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(٣) سورة النور من الآية ٣٢ .

قاروا : ومعلوم أنه لم يكن شهود حينئذ إذ ليس في الحديث ما يدل على وجود شهود .

وثانيا ماروى من قصة زواجه صلى الله عليه وسلم بصفية بنت حيي من أن المسلمين قالوا : إحدى أمهات المسلمين (أى من زوجاته) أو بما ملكت يمينه ؟ فقالوا إن حجها فى إحدى أمهات المؤمنين ، وإن لم يحجها فى مما ملكت يمينه فلما أرتحل وطأ لها خلفه ، ومد الحجاب فعملوا أنها من أمهات المؤمنين والحديث مروى فى جميع كتب السير وقد لخصته من البخارى .

فالمسلمون لم يعرفوا أنه تزوجها بالإشهاد وإنما عرفوا بالحجاب فدل ذلك على أن النكاح من غير شهود ، والأصل فى فعله التشريع العام .

وثالثا : نقل صاحب كتاب الخلاف من أن جحش بن رباب من بنى أسد خطب إلى رسول الله عليه وسلم آمنة بنت عبد المطلب فزوجه إياها من غير أن يشهد ^(١) :

واستدل الإمامية من طريقهم الخاص بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر رضى الله عنه قال : إنما جعلت الينة فى النكاح من أجل المواريث .

واستدلوا من طريقهم أيضا بما روى عن زرارة أنه سأل جعفر الصادق عن رجل تزوج بغير شهود ؟ قال : لا بأس بالتزويج ألبتة بنسب شهود فيما بينه وبين الله تعالى ، وإنما جعل الشهود من تزويج السنة من أجل الولد لو لا ذلك لم يكن به بأس ، ^(٢) .

(١) الخلاف للطوسى ج ٢ ص ٥٩ .

(٢) الخبران المنقولان عن الباقر والصادق من تعليقات القمى على

كتاب المختصر النافع ص ١٩٤ .

وأما ما استدلوا به من المعقول فلأن النكاح عقد كبقية العقود والأصل فيها عدم الإشهاد فمن شرط الشهادة احتاج إلى دليل ولا دليل .
وليس هذا استدلالاً بالقياس حتى يقال : إن الإمامية لا يحتجون به بل هو استدلال بالاستصحاب ، لأن الأصل عدم الاشتراط .

وقالوا أيضاً : إن الله سبحانه وتعالى لم يذكر الشهادة في النكاح وذكرها في البيع والمداينة بقوله « واشهدوا إذا تبایعتم »^(١) ، مع أن الحكم في الشهادة في النكاح أكثر لما فيها من حفظ النسب وزوال التهم والتوارث وغيره من توابع النكاح ، فلو كان الإشهاد في النكاح شرطاً لما أمهله الله تعالى في القرآن لأنه كما يقولون - مناف للحكمة .

واستدل بعض من يرى هذا الرأي من يقولون بحجية القياس بقياس عقد النكاح على عقد شراء الأمة يقصد التسري والاستمتاع ، فإنه لا تشترط الشهادة على عقد شرائها إجماعاً مع أن كل منهما عقد مفيد لحل استمتاع الرجل بالمراة .

دليل مذهب مالك .

قد علمت أن مذهب مالك يفتي على ثلاث دعوى .

الاولى أن الشهادة ليست شرطاً لصحة العقد ، وأدلهم على ذلك لا تخرج عن مذهب الإمامية ومن معهم فالنكاح عقد كبقية العقود .

الدعوى الثانية : اشتراط الشهادة أو الإعلان عند البناء لاستدامة العقد وحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر أن حرام هذا الفعل يكون سراً خفياً لا بد وأن يكون جهرأ ، وذلك بالشهادة أو الإعلان .

وأيضاً أن الشهادة شرعت لدفع تهمة الزنى عن الزوجين ، وهذا إنما يحتاج إليه عند البناء لا العقد .

الدعوى الثالثة : أنه إذا استكم الشاهدان كل النكاح فاسداً وقد استلوا على ذلك بالفعل والعقل .

أما النقل فما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (أعلنوا النكاح وأضربوا عليه بالزبال) رواه الترمذى وقال حسن غريب ، وفي رواية للترمذى أيضاً (أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدخوف) فإذا استكم الشهود لم يأت الإعلان المطلوب شرعاً .

وأما المعقول فلئن النكاح ترتب عليه آثار باقية تتناول المتعاقدين وغيرهما من الذرية وغيرهم فكان لا بد من اشتراطه حتى يمكن إثباته بالتسامع والشهرة عند الجحود والإنكار ، ولئن كلا من الزوجين في حاجة إلى دفع تهمة الزنى عنهما وهذا لا يتأتى إلا بالشهرة ، ومع استكم الشهود يزول هذا المعنى ويمكن التواطؤ على كتمانته فتضيع حقوق الورثة ويكون الزوجان غللاً للتهمة وهو ما يكرهه الشارع وينفر منه .

دليل ابن حزم :

استدل على اشتراط الشهادة بحديث عائشة رضى الله عنها الذى روى من طريق سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدى عدل فنكاحها باطل) الخ ثم قال : لا يصح في هذا الباب شيء غير هذا السند ، وفي هذا كفاية لصحته .

وأما قوله بكفاية الإعلان لصحة النكاح فقد قال في توجيه هذا رأى

(إن كل من صدق في خير فهو في ذلك الخير عدل صادق بلا شك فإذا أعلن النكاح فالمعلنان له به بلا شك صادقان عدلان فيه) وأما قوله إذا استكم الشهود فلا يضر فقد قال في الاستدلال له أنه أولاً لم يصح - قط - نهي عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان ، وثانياً أنه ليس سرّاً ما عده خمسة الناكح (الزوج) وللمنكح (الولي) وللمنكحة (الزوجة) والشاهدان ، قال الشاعر :

ألا كل سر جاوز الإثنين شائع

وقال غيره :

السر يكتمه الإثنين بينهما وكل سر عدا الإثنين منتشر ^(١)
مناقشة الأدلة ثم ذكر الرأي المختار .

فلنبداً أولاً بمناقشة أدلة النافين لاشتراط الشهادة .

فأما الآيات التي استدلو بها - فإن قلنا إنها عامة - فقد خصصت بأدلة أخرى كقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » ^(٢) ، وكقوله جل شأنه « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ^(٣) ، إلى غير ذلك من الأدلة المخصصة لهذه الآيات العامة .

وإن قلنا إنها مطلقة فقد قيدت - كذلك - بأدلة قطعية ، كأدلة تحريم الزواج على من عنده أكثر من أربع .
وإذا خصص العام أو قيد المطلق من الكتاب صار ظنياً فأمكن تخصيصه أو تقييده بعد ذلك بالسنة متى صحت .

(١) أدلة ابن حزم نقلت ملخصة من المحلى ج ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢١ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

فإذا جاء دليل مقبول من السنة وجب الأخذ به ، ولا يكون معارضا لهذه الآيات ، فليس في هذه الآيات ما يدل على نفي الشهادة على النكاح حتى تكون هذه الآيات دليلا على عدم اشتراطها .

وأما حديث سهل فليس فيه دليل على نفي الشهادة ؛ وكل ما في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج الرجل هذه المرأة بما معه من القرآن ؛ على أن صدر الحديث يدل على وجود شهود عديدين لا شاهدين فقط ، ففي رواية البخارى يقول ناقلنا عن سهل : « إني لفي القوم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ قامت امرأة ، إلخ الحديث .

ووقع في رواية ابن مسود رضى الله عنه أنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ينكح هذه ^(١) . » .

أليس ذلك دليلا على أن القصة وقعت بمحضر من شهود عديدين ؟ فلا يصح هذا الحديث دليلا على المطلوب .

وأما تزوجه صلى الله عليه وسلم بصفية ، وكون الصحابة لم يعلموا أنها زوجته إلا بمحاجبها ، فلا حجة لهم أيضا لاحتمال أن الذين ترددوا في هذا الأمر غير الشهود ؛ والدليل متى دخله الاحتمال سقط به الاستدلال ؛ وعلى فرض التسليم بأن الجميع ترددوا في هذا الأمر فإن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم ، وكون فعله صلى الله عليه وسلم للتشريع العام مقيد بما إذا لم يقم دليل على الخصوصية ، وأدلة الجمهور دليل على ذلك .

وأما حديث تزويجه صلى الله عليه وسلم لأمته بنت عبد المطلب لجش

(١) فتح البارى على البخارى ، الطبعة الأولى بالمطبعة الحيرية سنة ١٣٢٥هـ

ابن رباب الأسدي ، فأولا هذا الخبر لم ينقله إلا الطوسي في كتاب الخلاف ولم يذكر له سنداً حتى ينظر في سنده ، ومثل هذا الخبر لا يقوى على معارضة الأحاديث التي عرف إسنادها ، وتلقاها الأمة بالقبول .

وثانياً فإننا لا نعلم أن من عماته صلى الله عليه وسلم من اسمها آمنة فبمعراجة كتب السيرة النبوية علم أن عماته صلى الله عليه وسلم هن : صفية ، وعاتكة ، وأروى ، وأميمة ، وبرة ، وأم حكيم البيضاء^(١) .

وعلى فرض القول أن له عمة اسمها آمنة ، أو أن الاسم محرف عن أميمة وأن الحديث صحيح ، فإن كلمة « من غير أن يشهد عليه » ليست من كلام الرسول الأكرم ، وواضح أنها من كلام الراوي المجهول فلا تنهض حجة .

ولئن سلم عدم الإدراج فإنه لا يلزم من عدم الإشهاد عدم حضور شهود وقت العقد ، والشرط حضور الشهود عند العقد دون طلب شهادتهم عليه ، وهو معنى الإشهاد .

وأما ما استدلل به الإمامية بما نقلوه عن الباقر وعن الصادق رضي الله عنهما ، فإنه مبنى على أصلهم ، وهو عصمة أئمتهم ، وهذا غير ملزم لمن خالفهم في هذا الأصل ، ولا يعدو أن يكون ما نقل عنهما - إن صح - مذهباً لهما .

على أنه صح أن علياً رضي الله عنه ، وهو الإمام الأول عندهم كان يرى اشتراط الشهادة^(٢) ، فهل نرفض قول علي لتأخذ بقول الباقر أو الصادق ؟ .

وما هي الحال - إن سلمنا بالقول بعصمة الأئمة - إذا اختلفوا فيما بينهم في مسألة من المسائل كسألتنا هذه ١٤ .

(١) تراجع كتب السيرة ، ومنها كتاب العقد الثمين لأبي الطيب الفاسي ،

مطبعة السنة المحمدية ج ١ ص ٢٧٢ .

(٢) البحر الزخار ج ٢ ص ٢٧ ، وصاحبه شعير زبدي خير بأقوال علي .

وأما ما استدلوأ به من المعقول من أن النكاح كغيره من العقود ، فإنه على فرض التسليم أن هذا ليس قياساً ، بل هو استدلال بالأصل فإن الشارع جعل لكل عقد شروطاً لا اعتبره حتى تتحقق الزاية من مشروعيته ، وعلى هذا فلا يزم من عدم اعتبار الشهادة في سائر العقود عدم اعتبارها في عقد النكاح لما له من خطر وبعد أثر في حياة الأسرة وفي المجتمع .

وأما قولهم : إن الله جل شأنه لم يذكر الشهادة في النكاح وذكرها في البيع والمداينة إلى آخر ما قالوه نيرد عليه بأن القرآن الكريم لم يستوعب تفصيل جميع الأحكام ، بل إن أكثرها تكفلت به السنة : والقرآن مليء بالآيات التي توجب طاعة الرسول كطاعة الله ، من يطع الرسول فقد أطاع الله ^(١) ، إلى كثير من الآيات التي وردت في هذا المقام .

وإذا كان القرآن الكريم قد طالب الإشهاد على البيع والمداينة وسكت عن طلبه على النكاح فليس هذا دليلاً على عدم اشتراطه فيه متى ثبت طلبه بالسنة الصحيحة .

ولإننا نص على الإشهاد في البيع والمداينة لأن المال مما تشعب به النفوس ، وهو مظنة الإنكار والنجاحد ، فأرشد الله - سبحانه - الأمة إلى الإشهاد عليهما كما أرشد إلى الإشهاد على الكتابة استينافاً ومنعاً للنجاحد ، وأما النكاح فإن العرب الذين نزل القرآن بلغتهم كانوا - حتى في جاهليتهم - حريصين على إظهار النكاح حفظاً لأنسابهم وصوناً لأعراضهم ، فلم تكن هناك حاجة عاجلة إلى أن ينص القرآن الكريم على وجوب الإشهاد على عقد النكاح ، ثم جاءت السنة فيثبت وجوب الشهادة عليه بالأحاديث التي تمسك بها المشترطون للشهادة ، ولم يكن عدم ذكر الشهادة على النكاح في القرآن دليلاً على عدم اشتراطها فكم من

أمر خطيرة ترك يأنها للرسول صلوات الله وسلامه عليه كأعداد الركعات ومواقيت الصلوات وكثير من شروط صحة الصلاة والزكاة والصوم والحج .

على أن طلب الإشهاد على البيع والمداينة دليل على تأكيد طلبه على النكاح بطريق دلالة الصرّ وغوى الخطاب ، لأن النكاح - كما قالوا - أبعد أثراً في حياة الأسرة والمجتمع وتعلق به أحكام كثيرة لا تقف آثارها عند المتعاقدين وحدهما بل تتعداهما إلى غيرهما ، فيكون طلب الإشهاد على الأدنى دليلاً على طلبه بصفة مؤكدة على الأعلى ، والقرآن مليء بهذا الأسلوب البليغ من التعبير كتحريم ضرب الوالدين بتحريم قول (أف) في قوله تعالى « ولا تقل لهما أف »^(١) ، وكنهية لمس المرأة الأجنبية أو تقييلها بتحريم النظر إليها بشهوة بقوله تعالى « قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم »^(٢) ، إلى كثير من الآيات .

وأما قياس عقد النكاح على عقد شراء الأمة بقصد الاستمتاع فإنه أولاً قياس في مقابلة النص فلا يقبل - وثانياً - لأنه قياس مع الفارق ، فإن عقد النكاح وضع قصداً لحل الاستمتاع بينما عقد الشراء وضع - قصداً - لنقل الملكية ، وحل الاستمتاع فيه ثبت تبعاً ، فلا يلحق بالنكاح .

مناقشة مذهب مالك رضي الله عنه :

أما الدعوى الأولى فيرد على أدلتها ما ورد على أدلة الإمامية ومن معهم ومتى ثبت - بمناقشة أدلة الجمهور - طلب الشهادة على النكاح كان المتبادر هو العقد ، لأنه لا يعقل الإشهاد على الوطء الذي هو المعنى الثاني من معاني النكاح .

(١) سورة الإسراء من الآية ٢٣ . (٢) سورة الثور من الآية ٣٠ .

وأما دعواهم الثانية وقولهم إن حرام هذا الفعل يكون سرا خلاله يكون جهرًا وهذا يحتاج إليه عند البناء لا العقد فمع أن هذا تعليل في مقابلة النص فلا يتبل فإنه مع هذا يقال : إن حل هذا الفعل يعتمد على العقد ، فلا بد وأن تراعى شروطه اتى اعتبرها الشارع حتى يترتب عليه أثره من حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر .

وأما قولهم إن الشهادة أو الإعلان لدفع تهمة الزنى وهذا إنما يحتاج إليه عند البناء لا العقد فقول قاصر لأن مشروعية الشهادة ليس لدفع تهمة الزنى فحسب بل لهذا ولخطر العقد نفسه ، فليس أثر هذا العقد قاصرا على حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر بل تترتب عليه آثار كثيرة من التوارث وحرمة أصول المعتود عليها ألا ترى لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل البناء والإشهاد أو الإعلان ألا يتوارثان ، ثم ألا تحرم عليه أم المعتود عليها لو انتهى هذا العقد بالموت أو الطلاق أو النسخ .

فتبين أن الإشهاد لا بد منه عند العقد ذاته .

وأما الدوى الثالثة : فإن الأحاديث التى تمسك بها لم تسلم أسانيدُها من مقال وغاية ما قيل فيها أنه حسن غريب وهذا يفيد التنب لا الوجوب .

ومما يدل على التنب أمره صلى الله عليه وسلم أن يكون فى المساجد وأن يضرب عليه بالزبال أو الدنوف ، وهذا ليس واجبا بالإجماع فكم تزوج الرسول صلوات الله وسلامه عليه والصحابه رضوان الله عليهم فى غير المساجد ، وكم تزوجوا من غير ضرب الدنوف أو غيرها هذا وقد ناقش الجمهور الإمام مالكا ققًا كما قال ابن حزم إن السرية تزول بالشهادة فبالشهادة يتحقق الإعلان ، لأن كل سر جاوز الإثنتين ذاع ، ولكنى أخالفهم فى هذا رأى ، فإنهم لم يستندوا فى قولهم هذا على نص من كتاب أو سنة ،

ولكن استندوا على أقوال شعراء ، وهم كما قال الله تعالى : « والشعراء يتبعهم الغاؤون . ألم تر أنهم في كل واد يهيمون . وأنهم يقولون ما لا يفعلون . إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيرا وانتصروا من بعد ما ظلموا » (١) .

ومهما قيل في صدق هؤلاء الشعراء ، فإن واقع الحياة يؤكد أنه يمكن حفظ السريين بعض الجماعات المتعددة الأفراد متى تواصلوا بالكتمان وكانت مصالحهم المشتركة توجب هذا الكتمان نكم من جمعيات سرية لا نعلم من أخبارها شيئا .

وبما لا شك فيه أن روح الاسلام وعمل الرسول الأكرم والسلف الصالح ومن بعدهم تدل دلالة واضحة على إظهار هذا العقد وإعلانه فإذا استكتم الشهود ، وتواصلوا مع العاقدين على الكتمان فقد سقطت عندتهم ، وانفتت جميع المعاني التي لأجلها شرعت الشهادة ، وكل عمل من شأنه إلغاء مقاصد الشرع يعتبر عملا مردوداً شرعاً .

ولذلك فإن مع الإمام مالك في أن استكتم الشهود يعتبر عملاً غير مشروع ، وتميل نفسي إلى القول بأن هذا يؤثر في العقد بالفساد . مناقشة ابن حزم :

أما قوله باشتراط الشهادة واستدلاله بحديث عائشة رضي الله عنها فقبول وكل ما أورد على هذا الحديث فسنين رأينا فيه عند مناقشة أدلة الجمهور . وأما ما ساقه من دليل لكفاية الشهادة عن الإعلان ، فالحق أنني لا أكاد أفهم قصده ، وغاية ما يفهم من قوله أن العاقدين متى أعلننا عقداً هما فهما في

هذا الاعلان صادقان عدلان فيقبل قولهما ، وهذا كما ترى ، ومعنى مذهبه إنه متى صح الحديث وجب الأخذ بظاهره ولا يعدل عن الظاهر بحال من الأحوال ، وقد صرح - كما سبق - بأن حديث عائشة (أيما امرأة نكحت نفسها من غير ولي وشاهدى عدل فنكاحها باطل) صحيح سنده من الطريق الذى ساقه ، ولا شك أن الحديث يثبت وجوب الشهادة على العقد ، ثم يقال له إن العقد قبل الإعلان والشهادة أكان له وجود أم لا ؟

وأما ما قاله فى استكتم الشهود فقد عرفت رأى فيه عند مناقشة مذهب مالك .

مناقشة أدلة الجمهور :

أما ما استدلوا به من الأحاديث فلم تسلم أسانيدهما من مقال ، وأقوى حديث ورد فى هذا المقام هو حديث عائشة الذى استدل به ابن حزم ، وقد علمت فى بحث ولاية عقد النكاح أن الزهرى أنكره مع ثنائه على سليمان ابن موسى ، والاستدلال بهذا الحديث من هذا الطريق متجه عند غير الحنفية ، فقد صححوه وأخذوا به فى اشتراط الولاية فى عقد النكاح وعدم صحة نكاح المرأة نفسها ، وأما عند الحنفية فيحتاج الأمر عندهم إلى توجيه آخر فيقولون : إنه لما كانت الأدلة الدالة على جواز تولى المرأة لعقد النكاح معارضة لهذا الحديث ، وهى أقوى منه لعدم وجود خال فى سندها رجحنا هذه الأدلة على هذا الدليل فيما يتعلق بالولاية ، وأما ما يتعلق بالشهادة فلم توجد أدلة معتبرة تدل على نفي اشتراط الشهادة فلذلك قلنا بحججه فى إثبات الشهادة .

وأيضاً فإن حديث (لا نكاح إلا بولي وشاهدى عدل) وإن كان نقل تارة مرفوعاً وتارة موقوفاً ، إلا أن تعدد طرقه وتلقى الأمة له بالقبول يرفعه

إلى درجة الحجية ، ويقيد به مطلق الكتاب ويخصر : عامه عند الجمهور متى كان حجة لجواز ذلك بخبر الآحاد .

وإما عند الخفية الذين منعوا تخصيص الكتاب بخبر الآحاد إلا أن يشتر هذا الخبر فلمهم أن يقولوا أن هذا الخبر - وإن كان كل طريق من طرفه لم يسلم من طعن - إلا أن مجموع الطرق وتلقى الأمة له بالقبول يجعله مشهوراً لأن الحديث المشهور عندهم ما تلقته الأمة بالقبول في العصر الثاني وإن كان منقولاً في الصدر الأول آحاداً ، فالعلماء لا يرفضونه ولكنهم ما بين عامل به أو مؤل له ، وأحاديث الشهادة من هذا اللون من الأحاديث ، ولذلك قيدت مطلق الكتاب أو خصصت عامه ، على أنه يمكن أن يقال : أن مطلق الكتاب قد قيد قبل ذلك بأدلة أخرى وعامة قد خصص كذلك فصار ظنياً ، وقد بينت هذا عند مناقشة مذهب الإمامية ومن معهم ^(١) .

والذي تطلعت له النفس هو اشتراط الشهادة على عقد لنكاح لقوة دليله وعدم وجود معارض قوى أو ضعيف ينفي اشتراطها إلا أننا نزيد على ما تقدم أنه لو تواطأ العاقدان والشهود على الكتمان أثر ذلك على العقد ، وقد بينا وجه نظرنا في ذلك عند مناقشة مذهب مالك وابن حزم .

هذا ما يتعلق باشتراط أصل الشهادة على عقد النكاح .

^(٢) « المبحث الثاني الشروط التي تشترط في الشهود ، .

(١) من أراد أن يعرف ما ورد على أحاديث الشهادة من طعن أو تصحيح فليرجع إلى كتاب نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

(٢) هذا المبحث ليس مقرراً على طلاب الصف الرابع من كلية الشريعة ولكننا تعرضنا له إتماماً للقائدة .

اتفق القائلون باشتراط الشهادة في عقد النكاح على أنه يشترط في الشاهد البلوغ والعقل ، لأن الصبي والمجنون غير مكلفين ، ولأنهما لا ولاية لهما على نفسهما فبالأولى لا ولاية لهما على غيرهما ، إذ الشهادة من باب الولاية .

كما اتفق مؤلفاء - أيضا - على أنه لا بد من سماع الشاهدين العقد معاً ، فلا يصح أن يسمع أحدهما الإيجاب ، والآخر القبول ، لأن كلا منهما جزء العقد لاتمامه .

كما لا يجوز أن يسمعا متعاقبين اللهم إلا ما نقل عن أبي يوسف بشرط اتحاد المجلس ^(١) لأن المجلس يجمع المنفرقات ، ولكن رد أن كلا من العقدين لم يتحقق فيه نصاب الشهادة فلم يوجد عقد شهد عليه اثنان ، وهو الحد الأدنى لصابها .

وأيضا قد اتفقوا على أنه لا بد من إسلام الشاهدين إذا كان الزوجان مسلمين ، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ، والشهادة من باب الولاية .

وأما إن كان الزوج مسلماً والزوجة كفاية فجمهور العلماء على اشتراط إسلام الشاهدين ، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى انعقاد النكاح - حينئذ بشهادة الكفايين ولكن إن أنكر الزوج النكاح فلا تقبل شهادتهما عليه ، وأما إن أنكرت الزوجة فتقبل شهادتهما عليها : لأن لهما ولاية عليها .

قال في المغنى لابن قدامة نقلاً عن أبي الخطاب من الحنابلة أنه يتخرج عندهم قول كقول أبي حنيفة وأبي يوسف بناء على الرواية التي تقول بقبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ^(٢) .

(١) شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ٩٩ ، ١٠٠ ، والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٤٠ والبحر الزخار ج ٣ ص ٢٧ ، وشرح المنهاج للبحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ج ٣ ص ٢١٩ .

استدل الجمهور على اشتراط الإسلام بحديث « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، والكافر ليس يعدل لكفره .

وأيضاً فإن السماع من المسلم شهادة عليه ، والشهادة من باب الولاية ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً »^(٢) .

فإذا ألغيت شهادة الكافر على المسلم صار كأنه لم يسمع إلا عبارة الزوجة أو وليها ، فتكون شهادة على شطر العقد لا على طرفيه ، وهذا ممنوع إذا اشترط - كما تقدم - سماع شطري العقد .

واستدل أبو حنيفة وصاحبه أن الشهادة في النكاح لإثبات ملك الزوج بضع المرأة ، واستمتاع كل من الزوجين بالآخر أمر مشترك بينهما ، فالشهادة - في الحقيقة - شهادة على المرأة أما ثبوت المهر ، وحل تمتع كل منهما بالآخر ووجوب النفقة فكلها أمور تبعية ، وعلى هذا فتكون شهادة الكتائبين على الكتائية لإثبات حق الزوج عليها في ملك بضعها ، ولا تكون شهادة على المسلم حيثئذ ، فلا ضرر .

وهذا إنما يتم أن لو كان عقد الزواج مفيداً للملك البضع فقط كما قالوا وهو غير مسلم ، فإن عقد النكاح - كما عرّفه الفقهاء ومنهم الحنفية - أنه عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر قصداً .

كما أنه يرد على استدلال الجمهور بالآية أنها لا تصلح للاستدلال لأنها إنما نفت ولاية الكفار على المسلمين ولاية سلطان وحكم ، فأين هذا مما نحن فيه من الشهادة ، والقصد من هذه الآية حث المسلمين على ألا يتخاذلوا ويضعفوا

فيؤدي ذلك إلى تسلط الكفار عليهم ، وأنه ينبغي أن لاتعلو على عزة الإسلام
سطوة الكافرين .

وبالرغم مما قد يرد على الاستدلال بالآية من اعتراض فإن استدلالهم
بالحديث ، وبما ساقوه من توجيه قوى مقبول ولذلك فإن رأى الجمهور أخرى
بالقبول - في هذه المسألة - من رأى أبى حنيفة وصاحبه .

هذا وهناك شروط أخرى اختلفت فيها العلماء منها أولا .

الحرية : وقد اشترطها جمهور العلماء عدا أحد ^(١) .

استدل الجمهور بأن الشهادة من باب الولاية ، والعدلا ولاية له على نفسه
فلا يكون له ولاية على غيره ، وأيضا فإن الشهادة في النكاح شرعت لخطر
هذا العقد ورفعة شأنه ، ولا يتحقق هذا بشهادة العبد ، وأيضا فإن اشتغالهم
بخدمة أسيادهم يحول دون حضورهم مجالس عقد النكاح .

واستدل الإمام أحمد على صحة النكاح بشهادة العبد أن الغرض الأول
من الشهادة هو الاستيثاق وترجيح جانب الصدق على جانب الكذب عند
التقاضى ، وهذا يتحقق بصدق الشاهد وضبطه وعدالته ، وهذا المعنى موجود
في العبد كما هو موجود في الحر ، ولأن شهادة العبد مقبولة في الأخبار
والروايات متى كان عدلا ضابطا ، ويكون خبره ملازما للأمة ويجب العمل
به ، فكيف يقال بعدم صلاحيته لتحمل الشهادة على عقد النكاح ؟

وأیضا فإنه لم يرد في كتاب أو سنة أو إجماع رد شهادة العبد ، بل الذي
ورد اشتراط العدالة

(١) المغنى ج ٧ ص ٣٤٢ وشرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ٩٨ ، شرح

المنهاج ج ٣ ص ٢١٩ .

والقول بأن حضور العبد ينافي خطر العقد ، وهو ما شرعت الشهادة لأجله فع افتراض التسليم بأن الشهادة شرعت لهذا فليس وجود العبد ، ولا سيما العدول منهم بما يتنافى مع خطر العقد .

والقول أن اشتغالهم بالجمعة يحول بينهم وبين هذه المجالس مردود بأن الفرض أنهم حضروا فعلا .

ولا شك أن ما ذهب إليه أحمد له وجهته واعتباره ، ولا سيما إذا كان العبد ذا خلق ودين .

ثانيا : الذكورة .

ذهب الشافعي والقاسمي وأحمد والنخعي والأوزاعي إلى اشتراط الذكورة فلا يصح النكاح عتدم إلا بشهادة رجلين على الأقل ، وذهب الحنفية والزيدية إلى أنه يجوز بشهادة رجل وامرأتين وهو مروى عن الشعبي ، وقال ابن قدامة من الحنابلة : إن هذا يحتمل أن يكون رواية أخرى عن أحمد .

وقال مالك وابن حزم إنه يكفي فيه شهادة أربع نسوة لأن الشرط عندهما الشهادة أو الإعلان كما تقدم وهذا يتحقق بأربع نسوة ، ولأن كل اثنتين قائمتان مقام رجل فيكمل العدد ^(١) .

استدل من اشترط الذكورة بالسنة والمعقول . أما السنة فإروى من قوله صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) فيفيد بمفهومه أنه لا يجوز بشهادة النساء ، لأن شاهدي عدل منى شاهد لا شاهدة .

وأیضا ما نقله ابن قدامة في المغنى عن الزهرى أنه قال (قضت السنة عن

(١) شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ٩٩ ، شرح المنهاج ج ٣ ص ٢١٩ ،

المغنى ج ٧ ص ٣٤١ والمحل ج ٩ ص ٤٦٥ .

النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح (ولا في الطلاق) رواه أبو عبيد في الأموال .

وأما المعقول فلأنه عقد ليس المقصود منه المال، ويحضره الرجال غالباً فلا يثبت بشهادتهن كالحدود .

وأما من قالوا بصحة شهادتهن مع الرجال فقد استدلوا بالكتاب والسنة والقياس .

أما الكتاب فقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ^(١) »، فهذه الآية - وإن وردت في المداينة - فإنها تفيد إذن الشارع بقبول شهادة النساء مع الرجال في العقود فلا ترد شهادتهن إلا بنص صريح ، لا بمفهوم المخالفة لحديث .

وأما السنة فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بشهود » وقال الترمذى والعمل بهذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم والتابعين وغيرهم ^(٢) ووجه الاستدلال بهذا الخبر أنه قد ورد بصيغة الجمع ، ولم يقل أحد باشرط ثلاثة رجال أو ثلاث نسوة فتعين الحمل على أن يكون القصد رجلاً وأمرأتين .

وأما القياس ، فلأن النكاح عقد كثيره من العقود فتقبل فيه شهادة المرأة مع الرجل إذ لا فارق .

وهذا الكلام له وزنه واعتباره فإن ما استدلل به الشافعية ومن معهم مبنى

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ .

على حجية مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عند الحنفية ، وعلى فرض التسليم بحجيته فإنه معارض بمنطوق الآية فلا يصلح دليلاً حتى عند من يقولون بحجيته .

وأما ما نقل عن الزهرى فهو - كما ترى - مرسل ، وفى الاحتجاج به نظير ، وعلى فرض التسليم بحجيته فإنه لا يقوى على معارضة الآية السابق ذكرها ، ومع هذا فإن المستدلين به لم يعملوا بمقتضاه فى الطلاق فدل ذلك على عدم الاحتجاج به .

وأما ما قالوه من المعقول ، فإنه قياس مع الفارق ، فإن الحدود تدرأ بالشبهات ، فإن فى شهادة النساء شبهة البدية التى تدرأ الحد ، ولا كذلك النكاح فإنه يثبت مع الشبهة ، وليس فى حضور النساء الفضليات ما ينقص من خطر هذا العقد .

وإذا كنا قد اخترنا فيما تقدم أن عبارة الفساد معتبرة فى عقد النكاح فلا يسعنا إلا أن نعتبر شهادتهن عليه مع الرجال وإن كان الأدب الاكتفاء بشهادة الرجال صونا لمن عن مخالطة الرجال . كما قلنا فى مسألة الولاية .
ثالثاً : العدالة :

ذهب الشافعية والقاسمية من الزيدية وأحمد فى إحدى الروايتين عنه إلى اشتراط العدالة .

وذهب الحنفية وأحمد^(١) بن عيسى من الزيدية إلى عدم اشتراطها ، وهى رواية أخرى عن الإمام أحمد بن حنبل ، وإذا حصل الإعلان والشهرة بشهادة الفساق صح عند مالك وابن حزم على أصلهما .

(١) هو أحمد بن عيسى بن زيد بن على زين العابدين بن الحسين بن على كرم الله وجهه .

استدل من اشتراط العدالة بالسنة والمعقول .

أما السنة فحديث (لا نكاح إلا بولي وشايعى عدل) وهو الأصل في هذا الباب .

وأما المعقول فلأن الشهادة إنما شرعت في هذا العقد إما لخطره وكرامته . وإما لصيانه عن التجاحد ، والفساق ليسوا أهلا للكرامة ، ولا يشرف العقد بحضورهم ، كما لا يثبت النكاح بشهادتهم عند الإنكار لرد شهادتهم ..

واستدل من لم يشترطها بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا نكاح إلا بشهود) ، وفي رواية (لا نكاح إلا بشاهدين) وفي أخرى (لا نكاح إلا بينة) وكل هذه الروايات مطلقة فتترك على إطلاقها واستدلوا - كذلك - بأن الفاسق يصلح للولاية العامة ، وهى الإمامة العظمى ، والشهادة من باب الولاية .

وما ذهب إليه الشافعى ومن معه أقوى دليلا ؛ وذلك لأن القاعدة الأصولية : أنه إذا ورد مطلق ومقيد مع اتحاد الحكم والسبب حمل المطلق على المقيد ، كما هو الحال فى مسألتنا هذه .

وما ذكره الحنفية من المعقول تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل ، وما قاله الشافعية ومن معهم أخرى بالقبول .

هذا والذين اشترطوا العدالة ذهب أكثرهم إلى الاكتفاء بالعدالة الظاهرة وهو الحق .

ونقل عن بعض متقدمى الشافعية كالاصطخرى وصاحب المذهب اعتبار العدالة ظاهرا وباطنا حتى قالوا بفساد العقد إذا ظهر فسقهم ؛ ولا شك أن الأخذ بهذا رأى فيه تضيق على المسلمين ، فإن النكاح يقع فى أحوال

متعددة قد لا يتيسر معها تعرف الحقيقة في عدالة الشهود فيمكنني بظاهر
خالهم ، فالمفروض في المسلم أن يكون عدلا ، ولسنا مطالبين بالتقصي عن
مستور أحوالهم .

والذي ندين الله عليه ألا ينقذ النكاح بشهادة الفساق عند تلبسهم
بالفسق كأن يكونوا سكارى وقت العقد ، وهذا هو الذي حدانا إلى اختيار
رأى مالك في أنه إن تواطؤوا على كتمان الشهادة أن لا يصح العقد ، لأنهم
- حيثئذ - فساق بنصر القرآن ، لأنه اتفاق على معصية ، قال تعالى في شأن
الشهادة : « ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » (١) .

رابعا : إلا يكون الشاهد ممن ترد شهادته لقراءة أو عداوة بأن يكون
أصلا أو فرعا لأحد الزوجين أو كليهما أو أن يكون عدوا عداوة دنيوية
وذهب الحنفية والزيدية وأحمد في إحدى الروايتين عنه ، وهي التي اختارها
عبد الله بن بطة كما في المغني إلى انعقاد النكاح بشهادة هؤلاء ، وهو الأصح
من مذهب الشافعي .

وذهب أحمد في رواية إلى عدم صحة انعقاد النكاح بهؤلاء وهو الصحيح
من مذهب الشافعي (٢) .

دليل المجيزين للشهادة :

أن النصوص التي أوجبت الشهادة لم تفصل ، فلم تخرج هؤلاء فأخرجهم
يكون من غير دليل وهو ممنوع .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٣ .

(٢) شرح الكنز للزيلعي ج ٢ ص ٩٩ ، والمغني ج ٧ ص ٣٤٢ ، وشرح

للنهای ج ٣ ص ٢١٩ والبحر الزخا ج ٣ ص ٢٨ .

وأیضا فإن النکاح یثبت بهؤلاء - فی الجملة - فإن العدو قد تزول عداوته فتقبل شهادته علی من کان عدوا له ، وقد یشهد القرب علی قریبه لانه فلا تهمة .

دلیل النافین .

استدلوا بأن القصد من اشتراط الشهادة صيانة هذا العقد عن التجاحد وهؤلاء لا تقبل شهادتهم أداء فكذا تحملا ، قیاسا للانعقاد علی الأداء :

وحيث إن أدلة المجيزين مقبولة نقلا وعقلا فالأخذ بمذهبهم أوفق لأن الاحتمال الذي ذكروه يقع كثيرا كما هو مشاهد .

ولا وجه لقياس الانعقاد علی الأداء لأنه قیاس مع الفارق لاختلاف الحالين ، والله أعلم بالصواب .

« أصول وفروع المزني بها »^(٥)

تمهيد :

اتفق الفقهاء على أنه إذا عقد رجل نكاحه على امرأة حرمت على أصوله وفروعه دخل بها أم لا ، كما اتفقوا - أيضا - على أنه إذا حصلت مباشرة جنسية كاملة بين رجل وامرأة وكان لهذه المباشرة وجه من الحل فإن حرمة المصاهرة تثبت في هذه الحال سواء كان هذا الحل بعقد نكاح أو بملك يمين ، وألحق جمهرة العلماء النكاح الفاسد متى اتصل به الوطء ، والوطء بشبهة بالنكاح الصحيح في إثبات حرمة المصاهرة بين الرجل والمرأة ، فتحرم على أصوله وفروعه ، كما يحرم على أصولها وفروعها ، ولم يشذ عن ذلك أحد - فيما أعلم - إلا ابن حزم ، فإنه لم يثبت للنكاح الفاسد حكم النكاح الصحيح في إثبات حرمة المصاهرة .

والخلاف بين العلماء في الوطء الحرام قطعاً وهو الزنى ، أثبت به حرمة المصاهرة أم لا ؟

(١) فذهب أبو حنيفة وأحمد والإمامية في أكثر الروايات عنهم إلى

(٥) هذا المبحث هو أول مبحث لم يشترك معي في وضعه أخى وزميلي المأسوف عليه فضيلة المرحوم الشيخ محمد علي الديب حيث انتقل إلى رحمة مولاه آخر شعبان سنة ١٣٧٩ هـ وقد جمعت مسودته وأصوله في رمضان من العام نفسه ، وانهت هذه الفرصة لأتوجه إلى المولى الكريم أن يتغمده برحمته ويوسع له في قبره ، فقد كان نعم الأخ ونعم العون ، عوضنا الله فيه خيراً وأثابه ثواب المخلصين إنه صميم مجيب .

أن الزنى ثبت به حرمة المصاهرة، وهو مذهب الأوزاعي والثوري وإسحاق ابن راهويه وعمران بن الحصين والحسن وعطاء وطاووس ومجاهد والشعبي والنخعي، ورواه ابن حزم بسنده إلى ابن عباس وهو مذهب أبي هريرة وابن مسعود رضي الله عنهم جميعا.

(٢) وذهب الشافعي والزيدية إلى أن الزنى لا تثبت به حرمة المصاهرة مطلقا حتى لو تأكد أنها ابنته من مائه، وهو مذهب علي وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والزهري وأبي ثور وابن المنذر، وهو - كذلك - رواية عن الإمامية، وروى صاحب البحر الزخار هذا المذهب عن علي كرم الله وجهه، ورواه - أيضا - عن ابن عباس، ووافقه على الأخير صاحب المغني ويظهر من حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمن خلل المالكي أن هذا قول للمالك، وإن كان الأصح عنده والذي رجح إليه مالك هو ما سيذكر بعد.

(٣) وذهب مالك في أصح الأقوال عنه إلى القول بتحريم من خلقت من مائه أو خلقت من ماء من خلق من مائه.

فمن زنى يامرأة حملت منه بينت فإنها تحرم عليه وعلى أصوله وفروعه وإن حملت منه بذكر حرم على أصول وفروع الزاني، كما تحرم بنته على أصوله وفروعه ولا تنتشر حرمة المصاهرة بنفس الزنى، وإنما الحرمة تثبت بالأبوة والبنوة من الزنى فعنده من زنى يامرأة جازله أن يتزوج أصلها أو فرعها وجاهلها أن يتزوج أصله أو فرعه غير المتولد منه من الزنى.

(٤) وذهب ابن حزم إلى أنه لا يحرم بالزنى إلا مزنية الأب فقط ومن سوى ذلك فمن حلال له بعد أن يتوب، لأن شرط صحة زواج الزاني - عنده - التوبة.

وهل يطل الزنى النكاح القائم، كما لو زنى بإبنة زوجته أو بأماها؟ أما عند

من لا يثبتون حرمة المصاهرة بالزنى فالامر ظاهر في أنه لا يبطل النكاح القائم ، وأما عند القائلين بإثبات حرمة المصاهرة به فأكثروا على أنه مبطل للنكاح القائم .

وزهب بعض الإمامية إلى القول بالفرقة بين الزنى السابق واللاحق فقالوا : ثبتت حرمة المصاهرة في الأول ، ولا يفسخ النكاح القائم في الثاني . هذه هي المذاهب في هذه المسألة ^(١) .

وإليك أدلة كل مذهب ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار ، ولنبدأ ذهبي ابن حزم ومالك لقلة الكلام عليهما .
دليل ابن حزم :

استدل بقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف » ^(٢) ، وحاصل استدلاله بهذه الآية أن النكاح في اللغة التي نزل بها القرآن يقع على شئتين أحدهما الوطء كيف كان بجلال أو بجرام ، والآخر العقد ، فلا يجوز تخصيص الآية بدعوى من غير نص من الله تعالى أو رسوله ،

(١) تراجع الكتب الآتية . بذائع الصنائع ج٢ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ طبعة شركة المطبوعات العلية بمصر سنة ١٣٢٧ هـ وشرح الزيلعي على الكنز ج٢ ص ١٠٦ ، ١٠٧ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٢٥٠ وحاشيتي قلوبني وعميرة على شرح المنهاج للحلي ج٣ ص ٢٤٣ ، وشرح الروض مع حاشية الشهاب الرملي ج٣ ص ١٤٨ ، والمفتي لابن قدامة ج٧ ص ٤٨٢ ، ٤٨٣ والمحل لابن حزم ج٩ ص ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ والمختصر النافع ص ٢٠١ والخلاف للطوسي ج٢ ص ٦٦ ، البحر الزخار ج٢ ص ٢٧ .

(٢) سورة النساء الآية ٢٢ .

فأى نكاح نكح الرجل المرأة حرة أو أمة بحلال أو بحرام فهي حرام على ولده بنص القرآن ، وولد الولد كالولد لقوله تعالى : يا بني آدم ^(١) .

ويرى أنه إن زنى الابن بامرأة ثم تاب لم يحرم نكاحها على أبيه أو جده ومن زنى بامرأة لم يحرم عليه إذا تاب أن يتزوج أمها أو ابنتها ، ويقول : ليس في القرآن ولا في السنة إلا تحريم منكوحة الأب ، سواء كانت من حلال أو من حرام ، فيبقى ما وراء ذلك حلالا لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ^(٢) ، اه ملخصا من المحلى ^(٣) .

دليل مالك على ما ذهب إليه أخيرا وهو قصر الحرمة على المتولدة من ماء الزنى على الزانى وأصوله وفروعه .

أن المتولدة من ماء الزنى هي ابنة الزانى خلقت من مائه ، وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، ومما يشرح ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم ألحق ابن وليدة زمعة بزمعة ، وأمر سودة بأن تحتجب عنه ، وما ذلك إلا لأن صفته كانت على هيئة من اتهمت به الوليدة .

وأیضا قد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في امرأة هلال بن أمية الذي قذف زوجته (أبصروها فإن جاءت به أحمل العينين سابغ الإليتين ^(٤) خدج الساقين فهو لشريك بن سمطاء ^(٥)) وهو الرجل الذي اتهمت به ، فقد

(١) سورة الأعراف الآية ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٢) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(٣) ج ٩ ص ٥٣٢ .

(٤) أى عتقوها .

(٥) يراجع البخارى في كتاب تفسير القرآن سورة النور ، أو فتح البارى

شرح البخارى ج ٨ ص ٣١٤ المطبعة الخيرية للسيد عمر الحشاش سنة ١٣٢٥هـ .

نسبه النبي صلى الله عليه وسلم إلى شريك لتخلقه من مائه ، وإن كان لم يثبت أحكام النسب الشرعية لما تقرر في حديث وليدة زمعة ، أن الولد للفراش والعاقر الحجر ، والذي يعتبر أصلا من أصول التشريع .

وأیضا فإن البنت المتخلقة من الزنى بنت حقيقة للزاني ، لأنها جزء منه فصارت كما لو كانت من نكاح ، وتختلف بعض أحكام الأبوة والبنوة من ميراث وولاية وغير ذلك لا ينفي أنها بنت حقيقة كتختلف هذه الأحكام لرق أو اختلاف دين أو غير ذلك ، ومتى ثبت أنها ابنته حقيقة حرمت عليه وعلى أصوله وفروعه ، وأما من سواها فلا تحرم لعدم نسبتها إليه لا لغة ولا شرعا ، فتبقى على أصل الإباحة الثابتة بقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم ، » .

أدلة الشافعية ومن معهم ممن منعوا ثبوت حرمة المصاهرة بالزنى استدلوا بالمنقول والمعقول .

أما المنقول فقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم ، » ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه - لم يذكر من المحرمات أصول ولا فروع المزني بها ، ولا الزاني ، وإنما المذكور منكوحة الأب ، والنكاح - عند الإطلاق - إذا ورد في لسان الشرع أريد به العقد .

وأیضا فإنه قال في منكوحة الإبن « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، » ومزنية الإبن ليست حليلة له ، وقال في شأن أم المنكوحة « وأمها نساءكم والمزني بها ليست من نسائه ، » وقال في شأن فرعها « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، » وليست ابنة المزني بها ربيبة له ، ولا تكون في حجره .

واستدلوا - أيضا - بما أخرجه الدارقطني والطبراني من حديث عائشة

رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراماً ثم ينكح ابنتها أو البنت ثم ينكح أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يحرم الحرام الحلال ، إنما يحرم ما كان بنكاح حلال ^(١) .

وأما المعقول فإن حرمة المصاهرة نعمة : إذ بها يصبر البعيد قريبا والعدو حبيبا ، وتحصل بها المناصرة والموازرة فلا تنال تلك النعمة بالمحذور ، وهو الزنى ، بل إن بين الزانى وأسرته مزنيته من العداوة ما لا يخفى .

دليل الخفية ومن معهم ممن قالوا بثبوت حرمة المصاهرة بالزنى استدلوا أيضا - بالمنقول والمعقول .

أما المنقول ، فأولا قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء . » وبيان وجه الاستدلال بهذه الآية أن النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد بدليل أن العلماء احتجوا بهذه الآية على حرمة موطوء الأب بملك اليمين وعلى هذا فيكون معنى الآية - والله أعلم - « ولا تطئوا ما وطئ آباؤكم من النساء من غير تقييد بكونه حلالا أو حراما ولئن سلمنا أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء فإن الحمل هنا على المعنى المجازى أولى لتعقيب ذلك بقوله جل شأنه « إنه كان فاحشة ومقتا وساء سيلا » فهذه الصفات الثلاث أولى أن تكون وصفا للوطء لا العقد ألا ترى أن الله - سبحانه وتعالى - وصف الزنى بوصفين من هذه الأوصاف الثلاث فقال جل ذكره : « ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سيلا ^(٢) » .

ولئن سلمنا أنه حقيقة فهما على الاشتراك فيما أن يكون مشتركا معنويا على معنى أن لفظ النكاح موضوع لمعنى يشمل العقد والوطء وهو الضم

(١) فتح الباري شرح البخارى ج ٩ ص ١٢٣ .

(٢) سورة الأسراء الآية ٣٢ .

أو مشتركا لفظيا على معنى أن لفظ التكاح ووضع لكل منهما بوضع خاص فإن كان الأول فيكون النهى مسلطا على هذا المعنى العام فيتناول الوطء والعقد وإن كان الثاني فإن إرادة كل من معنى "المشترك جائزة في النهى عند أكثر الأصوليين ، والنهى كالنهي .

واستدلوا - ثانيا - بالسنة بأحاديث كثيرة منها .

(١) حديث مرسل من طريق ابن جريج قال : أخبرني عن أبي بكر ابن عبد الرحمن بن أم الحكم أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امرأة كان زنى بها في الجاهلية أفتكح الآن ابتها ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : لا أرى ذلك ، ولا يصلح لك أن تتكح امرأة تطلع من ابتها على ما اطلعت عليه منها ، وهذا الحديث وإن كان مرسلا فهو حجة عند الحنفية .

(ب) وحديث آخر مرسل فيه الحجاج بن أرطاة عن أبي هانئ قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم « من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابتها » (٢) فالوطء من باب أولى ، لم يفرق في ذلك بين النظر الحلال أو الحرام .

وروى ابن قدامة في المعنى عن الجرجاني بإسناده إلى وهب بن منبه قال « ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابتها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه (٣) وروى كذلك عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعا أنه قال « من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها وابتها ، وفي لفظ لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابتها » (٤)

(١) هذا الحديث والذي قبله . ذكر في المحلى ج ٩ ص ٥٣٣ .

(٢) المعنى لابن قدامة ج ٧ ص ٤٨٣ .

(٣) المعنى ج ٩ ص ٤٨٧ .

وقد نقل هذا الحديث صاحب فتح الباري موقوفا على ابن مسعود ، فعلى فرض عدم رفعه فهو حجة ، لأن قول الصحابي فيما لا مجال فيه للرأى يكون فى حكم المرنوع ، وهذا لا مجال فيه للرأى إذا لا يحكم ابن مسعود بجرمة من ذكر إلا عن توقف .

وأما المعقول : فقد قالوا : إن مناط التحريم - حقيقة - هو الوطء ، بصرف النظر عن كونه حلالا أو حراما ، وذلك لأنه سبب للجزئية بواسطة الولد حيث يضاف إلى كل منهما كلاً ، فيقال : هذا الولد ابن فلان ، وهذا الولد ابن فلانة ، فتصير أصولها كأصوله وفروعها كفروعه وكذلك العكس ، ووصف الحل والحرمة لا مدخل له فى التحريم ، ألا ترى أنه ثبت حرمة المصاهرة - إجماعاً - بوطء جاريته أو زوجته وهو صائم أو محرم أو وهى حائض مع أن هذا الوطء حرام ، وكذا الوطء بنكاح فاسد .

وأيضاً فإن الاحتياط فى أمر الأبضاع يقتضينا القول بالتحريم ، لأنه يصير كالمستمتع بالأم وابنتها فى وقت واحد ، لأن كل منهما تذكره بالأخرى فكأنه يقضى وطره من كل منهما معاً ، وهذا من أقبح القبح .

هذه هى أدلة المذاهب ، وإليك مناقشة كل منها ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

مناقشة ابن حزم :

وقف ابن حزم - كما داته - عند ظاهر النص ، وألغى مناط الحكم ، إذ كيف يعقل تحريم مزنية أبيه ولا يحرم نكاح ابنته من الزنى مع أنها جزؤه ، وهذا - ولا شك - جمود أمام النص ، وإغفال لمناط الأحكام ، وما الفرق بين امرأة زنى بها الأب فتحرم على الابن ، وامرأة زنى بها الابن فتحل للأب ، وهل هذا إلا من أخلاق الكلاب وملة الشيطان ، لا أخلاق الناس ؟ ..

كما قال هو في هذه المسألة عند رده على من جعل النكاح الفاسد كالنكاح الصحيح في إثبات حرمة المصاهرة .

ثم إن لفظ النكاح قد ورد في قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء » مرتين الأولى في سياق النهي والثانية صلة لـ (ما) وهي محط الاستدلال ولا شك أنه مثبت فلا بد من إرادة أحد معنيه إن جرينا على أن هذا اللفظ من قبيل المشترك اللفظي ، كما هو اختيار المحققين من الأصوليين ولا يتم ما قاله ابن حزم إلا إذا جرينا على أن لفظ (النكاح) موضوع لمعنى عام يتناول العقد والوطء معا وهو الضم ، وهذا ليس محل تسليم من علماء اللغة كما يفهم من كتبهم ومن كتب الخلاف والناسير ، ولا بد وأن يكون هذا رأيا للبعض دون البعض ، والدليل - كما يقولون - متى دخله الاحتمال سقط به الاستدلال .

وأما التمسك بعموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » فإن هذا الدليل عام ، وقد خصص أكثر من مرة كتحريم ما فوق الأربع ، وتحريم نكاح المشركات ، وكذا من سوى الأم والأخت من الرضاع إلى غير ذلك فلا يمتنع تخصيصه - أيضا - بتحريم من سوى موطوءة الأب كأصول وفروع الزاني بأدلة شرعية أخرى .

مناقشة دليل مالك رضى الله عنه .

يمكن أن يرد عليه أن الكلام ليس في نسبة المتولدة من الزنى إلى صاحب الماء من ناحية اللغة ، إذ أن الشارع ألغى هذه النسبة ، وحكم (أن الولد للفراس ، وأن للعاهر الحجر) ورغما أن ولد امرأة هلال بن أمية جاء شبيها لشريك ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر - وهو الصادق المصدوق - أنه إن جاءت به على الصفات السالف ذكرها فهو لشريك بن سماعة رغما عن

هذا كله ، فلم يثبت الرسول صلى الله عليه وسلم نسبه من شريك ، وقياس ولد الزنى فى عدم إجراء أحكام الميراث وغيرها عليه على ما إذا كان هناك رق أو اختلاف دين إلى آخر ما قال قياس مع الفارق الكبير ، فإن الرق واختلاف الدين مانعان متى زالا ثبتت جميع أحكام البنوة بخلاف ولد الزنى فإن انتفاء نسبه صفة لازمة له لا تزول .

مناقشة أدلة الشافعية ومن معهم

فإنه يرد عليه ما أورد على ابن حزم ؛ ودعوى أن النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء - كما قالوا - ليست مسلمة ؛ فإن الخصوم يمنعون ذلك ، وكل ما ساقوه من أدلة لم تسلم من الضعف ، ولعل أسلم ما قيل فى هذا المقام أن لفظ النكاح موضوع للمعنى عام يشمل العقد والوطء : وكل ما ساقوه من شواهد سواء كان من الحنفية أو الشافعية لم يفهم المعنى المراد إلا بضميمة قرينة ، ولو لا الإطالة لعرضت عليه نماذج مما قالوه فى هذا المقام ^(١) .

على أنه لو سلم جدلا أن لفظ (النكاح) حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء فلنقاتل أن يقول : إن الحل على المعنى المجازى هنا أولى بدليلين :

الأول : أن هذه الآية هى الدليل على حرمة منكوحة الأب بملك البين وليس هناك عقد نكاح ، بل قد لا يكون هناك عقد أصلا ، كأن يكون قد ملكها بطريق الميراث أو الاسترقاق ، وأيضا فإن هذه الآية - أيضا - هى الدليل على حرمة موطوءة الأب بشبهة ، وليس بينهما عقد .

(١) تراجع كتب الخلاف عند تعريف النكاح ، وكذا تفسير الفخر الرازى والآلوسى والجصاص عند تفسير قوله تعالى : : ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء ، الآية .

الثاني : أن تذييل الآية بقوله جل شأنه : « إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ، يرشح أن المراد هو الوطء لا العقد ، فإن من هذه الأوصاف الثلاثة وصفين وصف بهما الزنى كما تقدم في تقرير مذهب الحنفية .

وأما ما استدلوا به من السنة وهو الحديث المروى عن عائشة رضى الله عنها فإن في إسناده عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي ، وهو متروك ^(١) .

وطعن فيه يحيى بن معين بالكذب ^(٢) ، وعلى فرض تسليم صحته من ناحية الإستناد فليس قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم الحرام الحلال ، جاريا على ظاهره ، ألا ترى أنه لو صب قليل من الخمر على قليل من الماء ألا يحرمه ؟ فقد ثبت أن الحرام يحرم الحلال ، فيكون المعنى - والله ورسوله أعلم - أن الحرام من حيث هو حرام لا يحرم الحلال من حيث هو حلال ، وإن كان يحرمه باعتبار آخر .

وهذا الاعتراض أورده الشعبي على من اعترض عليه بهذا الخبر ، فقد روى عبد الرزاق عن معمر عن قتادة قال : قال يحيى بن يعمر للشعبي ، (والله ما حرم حرام قط حلالا قط) فقال الشعبي ، (بلى لو صببت خمرأ على ماء حرم ذلك الماء ^(٣)) .

وأيا ما كان فإن هذا الحديث لا يثبت به حكم ، ولا سيما في مسألة كهذه تتعلق بالأبضاع التي احتاط فيها الشارع أكثر مما احتاط في غيرها .

وأما ما استدلوا به من المعقول وهو أن حرية المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور فقد قال الكمال بن الهمام في فتح القدير : (إنه منلطة ، فإن النعمة

(١) فتح الباری ج ٩ ص ١٣٣ .

(٢) حاشية شهاب الدين الشلبی على الزیلعی علی الكنز ج ٢ ص ١٠٦ .

(٣) فتح الباری ج ٩ ص ١٢٤ .

ليست التحريم من حيث إنه تحريم ، لأنه تضيق ، ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وحقيقة النعمة إنما هي المصاهرة لا حرمة المصاهرة .

مناقضة أدلة الخفية ومن معهم القائلين بثبوت حرمة المصاهرة بالزنى :

أما ما استدلوا به من الكتاب وهو قوله تعالى « ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء » فلا يتم إلا على فرض تسليم أن النكاح المراد بالآية هو الوطء ، وهذا في حيز المنع ، إذ أن هذه الآية قد استدلت بها على تحريم منكوحة الأب وإن لم يدخل بها ، وقولهم إن الحل على الوطء أولى لتذليل الآية بقوله « إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » كذلك في حيز المنع لأن نفس اللفظ الذي وضعه الشارع لاستباحة الفرج الحلال إذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء المعقود عليهن كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا .

وأما الأحاديث التي استدلوا بها فهي إما مرسلة وإما منقطعة وإما مجهولة الإسناد ومثلها لا تقوم به حجة فحديث ابن جريج مرسل وفيه أبو بكر ابن عبد الرحمن بن أم الحكم وهو مجهول ، والحديث المرسل إنما يكون حجة عند الخفية إن كان المرسل ثقة ، وحديث (من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا بنتها) فيه الحجاج بن أرطاة وهو هالك وشيخه وهو أبو هاني مجهول ^(١) ، والآثر المروي عن وهب بن منبه لا تقوم به حجة فحجة قول الصحابي مشكوك فيها فإياك بمثل وهب .

والحديث المروي عن ابن مسعود لم ينقل في كتب الحديث إلا موقوفا عليه والمسألة - كما ترى - ظنية ، وهي محل للاجتهاد فلا يكون قول ابن مسعود رضى الله عنه حجة ، وإنما يصلح - فقط - للاستئناس وبهذا تبين أن الأحاديث التي تمسكوا بها لم تسل من التجريح والطعن ، وهي طعون لها قيمتها وأهميتها .

وأما ما استدلوأ به من المعقول وقولهم : إن مناط الحكم هو الوطء من حيث هو وطء مع الغاء وصف الحمل ، واستدلأ لهم على ذلك بأن حرمة المصاهرة ثبتت مع الوطء الحرام مثل وطء الصائم إلى آخر ما قالوه فإن هذا منطلقة كبرى فإن الحرمة في الصور التي ذكروها حرمة طارئة تزول بزوال سببها ولكن الفراش نفسه حلال وأما حرمة الزنى فإنها حرمة ذاتية لا تتخاف وشتان بين الأمرين .

وبهذا تبين لك أن الأدلة من جميع الأطراف المثبتين والنافين والمفصلين لم تسلم من الطعن والتزيف ، لا فرق بين الأدلة النقلية والأدلة العقلية ، والمسألة مسألة وقع فيها الخلاف بين الصحابة والتابعين ومن بعدهم رضى الله عنهم جميعا ، ولم يبق أمام من يريد الترجيح إلا أن يحكم روح التشريع فأقول وبالله التوفيق .

مما لا شك فيه أن احتمال إرادة الوطء من لفظ النكاح احتمال قريب جدا ومما لا شك فيه أيضا أن روح التشريع العام الاحتياط في مسائل الأبضاع فإذا تعارض دليلان أحدهما يفيد الحل والآخر يفيد الحرمة ، وكأنا متساويين - كسألتنا هذه - رجح جانب الحرمة على جانب الحل .

وأنت - كذلك - تعرف أن روح التشريع العام تهدف إلى الستر في أمر الزنى وعدم إشاعته لذلك فإنى أميل إلى الفتوى برأى الحنفية ومن معهم إن كان الزنى سابقا على الزواج أخذا بالاحتياط كما أميل إلى الفتوى برأى الشافعية ومن معهم إن كان له لاحقا له ، ولا سيما أن عقد النكاح أفاد الحل يقينا فلا أحكم برفعه بأدلة مشكوك فيها ، والاستصحاب طريق من طرق الاستدلال فالحل كان ثابتا يقين فلا يزول بالشك ، ولا سيما إن في فسخ الزوجية القائمة

بهذا السبب هدمنا لبيت الزوجية وتشيتنا لأسرة قائمة وغالبا ما يؤدى إلى
الفضيحة وإشاعة الفاحشة .

وبالأخذ بهذا رأى تقارب مسافة الخلف بين الأقوال ، وهذا رأى
كما علمت - رواية عن الإمامية ، والمسألة - كما ترى - شائكة ، ولعله يظهر
فيها بعد رأى أصح من هذا ، والله ولى التوفيق .
منشأ الخلاف :

بما تقدم يبين لك أن منشأ الخلاف فى هذه المسألة يرجع :
أولا : إلى عدم اتفاقهم على تحديد مفهوم لفظ النكاح الوارد فى قوله
تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء » .
وثانيا : إلى اختلاف الآثار الواردة فى هذا المقام وعدم اتفاقهم على
تصحيح بعضها .

وثالثا إلى تضارب الأقيسة ، وعدم اتفاقهم على تحديد مناطق التحريم ،
أمر الوطء من حيث هو وطء ، أم الوطء بقيد كونه حلالا ؟ .
تذيل فى بيان أحكام مقدمات الوطء :

مقدمات الوطء إما ثقيل أو مس أو فطر بشهوة ، والبحث فى أحكام
هذه المقدمات من حيث ثبوت حرمة المصاهرة بها ليس قاصرا على الوطء
الحرام ، بل يتناول الوطء الحلال والحرام ، والكلام فى هذه المسألة يعتبر
جوابا على سؤال صورته هكذا :

هل تثبت حرمة المصاهرة بهذه الأمور الثلاثة كما تثبت بالوطء ، بصرف
النظر عن كونه حلالا أو حراما ؟ .

والإجابة على هذا السؤال لا بد من تقرير أمور متفق عليها :

أولاً : لا خلاف بين أحد من العلماء أن اللبس والتقييل والنظر إلى المرأة أجنبية كانت أو حلالاً إن كان من غير شهوة لا يثبت به تحريم مصاهرة .

ثانياً : لا أعلم خلافاً بين أحد من العلماء أن النظر إلى الوجه والكفين تثبت به حرمة المصاهرة ولو كان بشهوة .

ثالثاً : لا أعلم خلافاً بين العلماء أن النظر إلى المرأة في مرآة أو ما في معناها كصفحة الماء ولو كان بشهوة لا تثبت به حرمة المصاهرة .

بقى الكلام على اللبس والتقييل والنظر المباشر إلى المرأة بشهوة أثبتت به حرمة المصاهرة ؟ .

اختلف العلماء في ذلك على مذاهب :

المذهب الأول : أن هذه الأمور الثلاثة لا تثبت بها حرمة المصاهرة ، وهو الأظهر من مذهب الشافعي ، وهو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما ، فقد ورد عنه أنه قال : « لا يحرم الريبة الإجماع أمها ، وبه قال طاووس وعمر بن دينار ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى في شأن الريبة : « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وهذه الأمور الثلاثة ليست دخولا ، فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأيضاً فإن هذه الأمور ليست في معنى الوطء ، فإنه لا يجب بها اغتسال ، ولا يستقر بها مهر ، ولا يثبت بها إحصان ، ولا يفسد بها إحرام ولا صوم .

المذهب الثاني : أن هذه الأمور الثلاثة تثبت بها حرمة المصاهرة متى كانت بشهوة ، حتى ولو كان المس بمحائل يمنع حرارة الجسم أو كان النظر إلى غير الفرج متى كان لتغير الوجه واليدين ، وهذا مذهب مالك والقاسمية والناصرية من الزيدية ، وهو قول بعض الخنابلة ، واستدلوا على ذلك بقوله

صلى الله عليه وسلم : « من نظر إلى فرج امرأة حرم عليه أبتهاء ، وقد تقدم ما في هذا الحديث من كلام في سده ، واللس والقبلة فيه معنى النظر وزيادة ؛ ولأن هذا فيه معنى التلذذ والاستمتاع فتعلق به التحريم كالوطء .

ومما ينبغي الالتفات إليه أن هذه الأمور الثلاثة لا يثبت بها شيء في الأجنبية عند هؤلاء ، لأن الوطء الحرام لا يثبت به تحريم عندهم ، فمن باب أولى مقدماته ، ويظهر أثره في تحريم الزبية أو أصول وفروع أمته التي باشرها أو نظر إليها بشهوة أو المعقود عليها عقدا فاسداً أو بشبهة من جانبها بأن زفت إليه غير زوجته قبلها أو نظر إلى غير وجهها وكفيها بشهوة .

المذهب الثالث : إن هذه الثلاثة تنشر التحريم متى كان اللبس أو التقييل بغير حائل أو بحائل لا يمنع حرارة الجسم أو كان النظر إلى الفرج الداخل وهذا مذهب أبي حنيفة والإمامية وهو المروى عن عمر وابنه وعبد الله ابن عمرو وعامر بن ربيعة وهو بدي وعبد الله بن مسعود والحسن ومجاهد ومكحول وحامد بن سليمان ، وهو مروى كذلك عن أحمد واستدلوا على ذلك بالحديث المتقدم ذكره - آنفاً - وبأن اللبس والقبلة أبلغ من النظر ، وأيضا فإن المعروف عن الشارع أنه يقيم الظن مقام اليقين في أكثر الأحكام فكنا هذا .

ومما ينبغي الالتفات إليه أن الحنفية والحنابلة يرون ثبوت حرمة المصاهرة بالزنى ، فكذلك مقدماته تثبت بها حرمة المصاهرة هذا وقد نقل الجوزجاني عن الإمام أحمد قولاً كالْمذهب الأول من أنه لا تثبت حرمة المصاهرة إلا بالوطء .

المذهب الرابع : التفرقة بين اللبس بشهوة والنظر بشهوة فإن الأول يأخذ حكم الوطء دون الثاني ، وهذا قول الشافعي وأكثر أهل العلم أخذاً

بعموم قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم ، ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه والكفين ؛ والترقيين اللبس والنظر إن اللبس بأخذ حكم الوطء في بعض الأحكام دون النظر ألا ترى لو تلبذ باللبس وهو محرم وجب عليه دم بخلاف ما لو تلبذ بالنظر ، وكذا لو لمس فأنزل وكان صائما فإنه يفطر بخلاف ما لو نظر فأنزل فإنه لا يفطر ^(١) .

* * *

هذا والترجيح في هذه المسألة يعتمد على أمرين .
أولهما : صحة حديث « لعن الله من نظر إلى فرج امرأة وابتنها ، وقد علت فيما تقدم ما في هذا الحديث من ضعف وإن كانت له طرق كلها ضعيفة يقوى بعضها بعضا ، وما يؤكد عمل كثير من الصحابة بمقتضاه .

وثانيهما : أن هذه الأمور مقدمات للوطء ومظنة له ، وقد علم من تتبع أحكام الشرع أنه - كثيرا - ما يقيم الضن مقام اليقين .

وعلى هذا فالاحتياط في أمر الأبضاع يقتضينا أن نرجح القول بأن هذه الأمور الأربعة تأخذ حكم الوطء ، فإن كانت مقدمة لوطء حلال أو فيه شبهة الحلال ثبت به التحريم عند الجميع .

وإن كانت مقدمة لوطء حرام قطعاً ثبتت به حرمة المصاهرة عند من يقول ببنوتها بالزنى ، وقد عرفت ما اخترناه آنفاً فأرجع إليه .

(١) تراجع الكتب الآتية شرح الزياعى على الكنز ج ٢ ص ١٠٦ ،
١٠٧ ، ١٠٨ ، وشرح المنهاج مع حاشيتي قليوبى وعميرة ج ٣ ص ٢٤٥ ،
والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي على متن خليل ج ٢ ص ٢٥١ والمغنى
لابن قدامة ج ٧ ص ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، وكتاب الخلاف للطوسى
ج ٢ ص ٦٦ ، ٦٧ ، والبحر الزخار ج ٣ ص ٣٢ ، ٣٣ .

هذا وفي هذه المسألة تفرعات شتى فى جميع المذاهب ليس من موضوعنا ولا من واجبتنا التعرض لها .

• • •

هذا وما ينبغى الالتفات إليه أيضا أن تعلق التحريم باللبس والنظر عند من قال بذلك مشروط بكون المرأة ممن يشتهى مثلها ولو باعتبار الماضى ، فالصغيرة جدا لا يتعلق بتحريم بلبسها أو تقييلها أو النظر إليها ولو بشهوة لعدم صلاحيتها للوطء لأن من قال بالتحريم بنى قوله على أن هذه الأمور مقدمة للوطء ، وهذه ليست أهلاله ، بخلاف العجوز الفانية فإن الخلاف يجرى فيها على التفصيل المتقدم ذكره ، وذلك لأنها أهل للاشتهاء فى الجملة ولو باعتبار الماضى ولكل ساقطة لاقطة : والله أعلم بالصواب .

نكاح المتعة والنكاح المؤقت

نكاح المتعة هو أن يعقد على امرأة بلفظ اتمتع أو ما في معناه ، وأن يحدد لهذا العقد مدة ، وأن يبين فيه أجراً على هذا الاستمتاع ، ولا يشترط فيه شهود .

وأما النكاح المؤقت : فهو العقد على المرأة بلفظ النكاح أو ما في معناه مراعيًا جميع شروط النكاح ، غاية الأمر أن يضرب لهذا النكاح اجلاً .

ونكاح المتعة فاسد عند جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب المعروفة قديماً وحديثاً ، خلافاً للشيعة الإمامية ، والنكاح المؤقت كذلك - اللهم إلا أن زفر من الحنفية قال بصحة العقد وفساد الشرط ، واستدل على ذلك بأنه نكاح عقد بحضور شاهدين ، وشرط فيه شرط فاسد فيصح العقد ويبطل الشرط ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فصار كما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر مثلاً .

وقول زفر هذا مردود ، لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ ، والتأقيت في عقد النكاح يجعله في معنى المتعة ، إذ لا معنى للمتعة غير التوقيت ألا ترى لو قال رجل لآخر وكلتك بعد موتي . فإن هذا يعتبر وصية ، ولو قال جعلتك وصياً في حياتي ، فإن هذا يعتبر توكيلاً ، إلى كثير من الأمثلة التي حكمنا فيها المعاني دون الألفاظ .

وإذا اعتبرنا المعاني دون الألفاظ كان النكاح المؤقت هو نكاح المتعة بخلاف ما لو شرط في العقد أن يطلقها بعد شهر ، لأن اشتراط القاطع وهو الطلاق دليل على أن العقد نفسه انعقد مؤبداً بخلاف المؤقت فإنه لا يبقى بعد مضي المدة كالإجارة .

وهل لو اشترطاً مدة لا يعيش مثلها إليها يكون نكاحاً مؤقتاً؟ الظاهر من مذهب الحنفية أنه مؤقت ، لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد . وروى الحسن عن أبي حنيفة ، أنه إذا ذكر مدة لا يعيش مثلها إليها صح النكاح لأنه في معنى المؤبد . . ولعل القول بالفساد سد للذرائع ، ولهذا فهو المختار من مذهب الحنفية ^(١) .

هذا وأكثر الفقهاء على عدم التفرقة بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة . ونكاح المتعة والنكاح المؤقت يعرفان عند الشيعة الإمامية باسم نكاح المتعة أو النكاح المنقطع أو العقد الصغير وله شروط عديم أهمها أن تكون المرأة مسلبة أو كناية فلا يجوز أن يستمتع بجوسية أو وثنية ، وأن تكون خالية من زوج ومن عدته ، وأن يسمى المهر ولو بالمشاهدة ، والإخلال بذكر المهر مع ذكر المدة مفسد للعقد ويشترط فيه - عديم - ذكر المدة ، والإخلال بذكرها مع ذكر المهر يجعله عقداً دائماً ^(٢) . ولها عديم - أحكام خاصة سيرد عليك ذكر بعضها عند مناقشة الأدلة ، وتفصيل أحكامها عديم يرجع إليه في كتب الفروع .

هذا وقبل الشروع في تقرير المذاهب في هذه المسألة أحب أن أقرر أن العلماء سلفاً وخلفاً على أن هذين العقدين كانا مشروعين في صدر الإسلام ، وأنه كان يتمتع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم وقع الخلاف في نسخهما .

فذهب السواد الأعظم من الأمة سلفاً وخلفاً إلى أن الإباحة قد نسخت

(١) شرح الزيلعي على الكنز ج ٢ ص ١١٥ .

(٢) المختصر النافع في فقه الإمامية ص ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٣ .

وأنها محرمان إلى يوم القيامة ، لا يحلان في ضرورة أو غيرها لا في سفر ولا في حضر .

ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما أنها رخصة كأكل الميتة والسم ولحم الخنزير .

ونقل عنه أن إباحتها لم تنسخ ، وبهذا أخذ الشيعة الإمامية ، وقد روى مثل هذا عن جماعة من الصحابة والتابعين منهم ابن مسعود وجابر بن عبد الله ، وسليمان بن الأكوع وأبي سعيد الخدري والمغيرة بن شعبة ، ومعاوية ابن أبي سفيان .

واستظهر ابن حجر في فتح الباري أن من عدا ابن عباس لم يقل بها أو إن كان قال بها فقد ثبت الرجوع عنه ، كما استظهر أن ابن عباس لم يثبت عنه الرجوع عن القول بها وأن ظاهر قول ابن عباس أنها رخصة في حالة الاضطرار ، وإن كان قد نقل عنه القول بإباحتها مطلقا ^(١) .

فتلخص عندنا ثلاثة آراء :

الأول : القول بنسخها وعدم إباحتها مطلقا .

الثاني : القول بأنها رخصة في حالة الاضطرار دون الاختيار .

الثالث : القول بإباحتها مطلقا .

وإليك الأدلة على هذه الآراء ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

أدلة جمهور الأمة سلفا وخلفا القائلين بتحريمها .

استدلوا بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب - فأولا - قوله تعالى في وصف المؤمنين والثناء عليهم .

(١) فتح الباري شرح البخارى ج ٩ من ص ١٣٢ إلى ص ١٣٩ ملخصا .

، والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتقى وراء ذلك فأولئك هم العادون ^(١) .

وجه الاستدلال بهذه الآيات أن المتمتع بها ليست بما ملكت اليمين ، وهذا ظاهر ، وهى - كذلك - ليست زوجة ، وذلك لأنها - حتى عند القائلين بإباحتها - لا ترث ولا تورث ، لا تطلق ، ولا ينتقص بها العدد المباح نكاحه ، وهو الأربع ، إذ يجوز أن يتمتع بأكثر من أربع فى آن واحد ، وأيضاً فإن عدتها ليست كعدة الزوجات فإن عدتها عند من يقولون بإباحتها حيضتان لذوات الحيض ، وخمسة وأربعون يوماً لغير ذوات الحيض إن كانت محل إرتاب لأن تحمل فظهر من ذلك كله أنها ليست زوجة .

وإذا لم تكن زوجة ولا مملوكة كان التمتع بها عدواناً على حدود الله تعالى وكان من الذين وصفهم الله بقوله : « فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

وثانياً قوله تعالى « وإن خفتم إلا تقسطوا فى الينامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ^(٢) » .

وجه الاستدلال بهذه الآية إن الله سبحانه - جعل الاقتصار على واحدة أو التمتع بما ملكت اليمين مخلصاً من تعدد الزوجات فلو كانت التمتع مباحة لذكرها كذلك ، ولا سيما أن القائلين بها يرون أن المتمتع بها لاحق لها فى القسم بل ولا فى النفقة - كما تقدم - والاقتصار فى مقام البيان يدل على الحصر كما هو مقرر عند الأصوليين .

(١) سورة المؤمنون ، الآيات ٥ ، ٦ ، ٧ ، وقد وردت هذه الآيات فى وصف المصلين والثناء عليهم فى سورة الماعز فى الآيات ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ (٢) سورة النساء الآية ٣ .

وثالثا : قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسفحين »^(١) .

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن النكاح الذي أحله الله لنا أن يبتغى يذلل المال الإحسان والعفة وإقامته صرح الزوجية لا مجرد سفح ماء الشهوة وإطفاء الغلبة ، ولا شك أن نكاح المتعة لا يراد به إقامة صرح الزوجية والركون إلى امرأة يسكن إليها وتسكن إليه ، بل كل ما يربطه بها إنما هو قضاء وطره ، وإطفاء نار شهوته ، ولا معنى للسفاح إلا هذا ، فالتمتع مسافح لا محصن نفسه من الزنى ألا ترى أن الرجل الذي تمتع لا يجرى عليه أحكام المحصنين من رجحه إذا زنى ، وهذا دليل على أنه لا يستبرأ محصنا بهذا النوع من النكاح حتى عند القائلين بإباحته .

وأما السنة فأحاديث كثيرة مستفيضة استفاضة لا تغالى إن قلنا إنها بلغت مبلغ التواتر ، وسنذكر بعضها على سبيل التمثيل لا الحصر .
أولا : ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال لابن عباس إن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن نكاح المتعة ، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خير ، وهذا الحديث متفق عليه .

وثانيا : ما روى عن سلة بن الأكوع قال : « رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في متعة النساء عام أو طاس ثلاثة أيام ثم نهى عنها ، رواه مسلم .

وثالثا : ما روى عن سيرة الجهنى أنه غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في فتح مكة قال : « فأقمتها خمسة عشر ، فأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم

في متعة النساء ، إلى أن قال : فلم أخرج حتى حرّمها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفي رواية أنه كان مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ، ولا تأخذوا بما آتيتوهن شيئا » ، رواه أحمد ومسلم ، وفي لفظ عن سبرة قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ، ثم لم نخرج منها حتى نهانا عنها » ، رواه مسلم ، وفي رواية عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة » ، رواه أحمد وأبو داود ^(١) .

فهذه الأحاديث - وغيرها كثير وكثير - تدل على نسخ إباحتها ، وألفاظ الأحاديث وإن كانت مختلفة إلا أن هناك معنى متفقا عليه ، وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عنها بعد أن كانت مباحة .

وإن كان هناك اضطراب في ذكر زمن النسخ فسنين - إن شاء الله تعالى - في نهاية هذا البحث دفع هذا التناقض بما يشرح قلبك ويبلغ صدرك .

وأما الإجماع فقد ثبت أن عمر رضي الله عنه أعلن على ملأ من الصحابة تحريمها ، ووعد فاعلها بالعقاب الشديد ، ولم ينكر عليه منكر منهم ، وهم الذين وصفهم الله تعالى بأنهم أشداء على الكفار رحماء بينهم ، فكيف يقبلون من عمر مهما ارتفع قدره أن يفتات على الله ورسوله ، ويشرع حكما بهواه ، بل ينقض حكما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما هو يعلن أن هذا التحريم من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اجتهد منه . فقد أخرج

(١) من أراد استيعاب الأحاديث التي ردت في المتعة فليرجع إلى كتاب

نيل الأوطار ج ٦ من ص ١٣٢ إلى ص ١٣٨ ، وكتاب فتح الباري شرح صحيح

البخاري ج ٩ من ص ١٣٢ إلى ص ١٣٨ .

ابن ماجه من طريق أبي بكر بن حفص عن ابن عمر قال : لما ولى عمر خطب فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لنا فى المتعة ثلاثاً ثم حرمها .

وأخرج ابن المنذر والبيهقى من طريق سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال : صعد عمر المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال رجال ينكحون هذه المتعة بعد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ^(١) .

فهذا الإعلان من عمر لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم عنها من غير تكبر يعتبر إجماعاً سكوتياً .

ولقد كان على - وهو الإمام الأول عند الإمامية - حاضراً ولم ينكر عليه ، وتقريره عندهم يعتبر حجة ملزمة ، فإنه معصوم حتى عن الخطأ فى الاجتهاد عندهم ، ولا سبيل إلى التمسك بأنه إنما سكنت تقية ، لأن التقية إن أمكن التجوز بقبولها فى الأمور السياسية ، فلا يعقل أن نقبلها فى الأمور التشريعية البحتة ، وإلا هدمنا الدين من أساسه .

كيف وقد صرح على باستنكاره لقول ابن عباس فى شأنها فى أحاديث كثيرة لا مجال لإنكارها لصحة أسانيدها وتعدد طرقها ، ولتذكر على سبيل التمثيل لا الحصر بعض هذه الطرق ، فقد روى البخارى بسنده عن الحسن وأخيه عبد الله ابني محمد بن على عن أبيهما محمد (الشهير بابن الحنفية) أن علياً رضى الله عنه قال لابن عباس إن النبی صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خیر .

وفى مسلم من طريق جويرية عن مالك بسنده أنه سمع على بن أبى طالب يقول لفلان إنك رجل تائه .

وفي رواية الدارقطني من طريق الثوري أن عليا قال لابن عباس ، أنك امرؤ تائه ، .

وفي رواية أخرى لمسلم أن عليا قال لابن عباس وقد سمعه يلين في متعة النساء فقال له « مهلا يا ابن عباس » ، ^(١) .

فعلى رضى الله عنه لم يكف بتقريره لعمر على نهيها عنها (وهذا على زعمهم كاف في الاحتجاج) بل أعلن أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عنها وأنكر على ابن عباس مع أنه حواريه .

ثم إن الإمامية القائلين ببقاء إباحتها جعلوا الإجماع أصلا من أصول التشريع ، وعرفوا الإجماع بأنه اتفاق طائفة من الأمة على رأى يكشف عن رأى المعصوم .

وما هو المعصوم وهو الإمام الأول على رأيهم قد أعلن رأيه أفلا يكفي هذا في الاحتجاج على حرمتها ١١٩

(أدلة القائلين بأنها رخصة في حالة الاضطراب) .

ومن كان يقول بذلك ابن مسعود وسهل بن سعد وأبو ذر رضى الله عنهم ، وروى مثل ذلك عن ابن عباس .

فقد روى البخارى بسنده عن ابن مسعود أنه قال : كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس لنا شيء فقلنا : ألا نستخصي فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن نتكح (أى نكاح متعة) المرأة بالثوب ثم قرأ علينا ، يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ^(٢) .

(١) يراجع فتح البارى ج ٩ ص ١٣٢ .

(٢) متن البخارى على هامش فتح البارى ج ٩ ص ٩٤ يراجع الشرح كذلك

وأخرج ابن عبد البر حديثاً عن سهل بن سعد بلفظ إنما رخص النبي صلى الله عليه وسلم في المتعة لعزبة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها ^(١) .

وأخرج البيهقي بسنده عن أبي ذر رضى الله عنه بإسناد حسن إنما كانت المتعة لحربنا وخوفنا .

وروى البخارى بسنده عن أبي حمزة قال : سمعت ابن عباس يسأل عن متعة النساء فرخص فيها فقال له مولى له إنما ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة أو نحوه فقال : نعم .

فهؤلاء فهموا من تشريعها أنها تشريع ضرورة لا تشريع دائم بما لمسوه من قرآن وأمارات عندهم .

أدلة الميحين لها :

استدلوا - كذلك - بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة » ^(٢) .
وجه الاستدلال بهذه الآية على مطلوبهم من وجوه .

الاول أن قوله تعالى « أن تبغوا بأموالكم » يتناول من ابتغى بماله الاستمتاع بالمرأة على سبيل التأيد ومن ابتغى بماله الاستمتاع بالمرأة على سبيل التآقيت ، وإذا كان كل واحد من القسمين داخلاً فيه كان قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » يقتضى حل القسمين ، وذلك يقتضى حل المتعة وهو المطلوب .

الثاني أن هذه الآية مقصورة على بيان نكاح المتعة ، وذلك لما روى

(١) فتح الباري ج ٩ ص ١٣٥ . (٢) سورة النساء من الآية ٢٤ .

أن أبي بن كعب كان يقرأ : « فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى فآتوهن أجورهن ، وهذه القرأة وإن لم تكن متواترة إلا أن الصحابة ما أنكروها عليه فدل ذلك على صحتها لأنها - وإن لم تكن قرأنا - فلا أقل من أنها تفسير عن توقيف ، فثبت المطلوب .

الثالث : أن المذكور في الآية الأمر بإتيانهن أجورهن بعد الاستمتاع بهن ، وهذا لا يكون إلا في نكاح المتعة ، وأما في النكاح المطلق فإن أصل المهر ثبت بالعقد ، ويلزم نصفه بالتطبيق قبل الدخول .
ومجرد العقد بدون دخول حقيق لا يكون استمنا .

الرابع : لو حملنا هذه الآية على بيان حكم النكاح المطلق وهو المؤبد للرم تكرار بيان حكم واحد في سورة واحدة في آيات متقاربة ، لأن الله سبحانه قال في أول السورة « فأنكوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع »^(١) .
وأوجب دفع المهر بقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة »^(٢) ، بينما لو حملنا الآية على حكم نكاح المتعة كان حكماً جديداً ، فيكون تأسيساً ، والتأسيس خير من التأكيد^(٣) .

وأما السنة : فقد ثبت في أحاديث كثيرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أباحها في بعض النزوات كفزوة خيرٌ وغزوة الفتح ، بل ورد الإذن

(١) سورة النساء من الآية ٣ .

(٢) سورة النساء من الآية ٤ .

(٣) هذه الوجوه من الاستدلال أوردتها الفخر الرازي في تفسيره الكبير ج ٣ ص ١٩٥ ، ١٩٦ ولم أجد أحداً أورد وجوهاً لتأييد رأى الإمامية مثله حتى الإمامية أنفسهم .

في غير هاتين الفزوتين ، ومن ذلك ما روى مسلم في صحيحه عن جابر : « كنا نستمع بالقبضة من التمر والدقيق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . »
وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على أنها كانت مباحة ، ودعوى النسخ ظنية لا تعارض الدليل القاطع ، ولا سيما إن الروايات التي روت النسخ مضطربة فطورا قيل إن النسخ كان بخير وآونة في غزوة الفتح ، وأخرى في غزوة أوطاس ، وأخيرا قيل إنها في حجة الوداع ، بل قيل إن النسخ كان في غزوة تبوك وقيل إنه كان في غزوة الحديبية ، فكيف ندع أمراً متفقاً عليه لأمر مضطرب فيه .

مناقشة أدلة الجمهور :

أما الآية الأولى وهي قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون ، إلخ » فيرد عليها أن هذه الآيات لم ترد إلا في سورتي « المؤمنون والمعرّاج » وكلتاها مكية ، والمنفعة إنما أيجت في الفزوات بعد الهجرة .

وكل محاولة لدفع هذا الاعتراض أعقد أنها محاولة فاشلة ، وإذا كان بعض السلف استشهد بها على حرمة المتعة فهو اجتهد منه ، ولنا بملزمين به .
وأيضاً لو كانت هذه الآيات حجة في هذا الموضوع للزم على ذلك أن من فعل المتعة من الصحابة - حينما كانت مباحة - كان من العادين .

ولعل الذين استدلوا بها على حرمة المتعة نظروا إلى أنه بعد نسخ إباحتها أصبح الإذن بها غير ذي موضوع ، وبقيت هذه الآيات بلا معارضة .

وأما الآية الثانية وهي قوله تعالى « فإن ختم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم . »

فيمكن أن يرد عليها أن تشريع المتعة كان من التشريعات التي شرعت

بالسنة لا بالكتاب ، وأن الأخذ بها مشروع لقوله تعالى : وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا ^(١) .

وبما لا شك فيه أن هذا التشريع وقع فعلا ، ولعل السرفى أن الله سبحانه لم يجعل نكاح المتعة مخرجا من خوف الظلم عند تعدد الزوجات ، لأنه كان تشريع ضرورة مؤقت لا تشريع اختيار دائم .

وأما الآية الثالثة وهي قوله تعالى : وأحل لكم أن تبغضوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، فرد عليها أن السفاح هو الزنى ، وأن المتعة بعد أن أسيحت لا تكون زنى ، وإلا لزم على ذلك أن الصحابة الذين تمتعوا كانوا زناة ، وهذا ما نبهى ساحته المطهرة عنه ، فقد كانوا خير أمة أخرجت للناس ، وقد سأل عماره مولى الشريد ابن عباس رضى الله عنهما عن المتعة أسفاح هي أم نكاح فقال : لا نكاح ولا سفاح ، قلت فإني قال : المتعة كما قال الله تعالى ، الخ وقد روى هذا ابن عبد البر ^(٢) ، فقد تبين أن ابن عباس وهو إمام القائلين بها جعلها وسطا بين النكاح والسفاح .

وقد ثبت عن جمهرة من الصحابة - رضوان الله تعالى عليهم - أنهم فعلوها وحاشا أن يكونوا مسافحين .

مناقشة أدلة المسيحيين لها :

إن الآية التي تعلق بها الإمامية لا متمسك لهم بها لما يأتي :

أما الوجه الأول : وهو أن الابتغاء بالمال يتناول النكاح المطلق ونكاح المتعة فإن هذا ممنوع ، وذلك لأن سياق الآية ولحاظها في أمر النكاح .

(١) من الآية ٧ من سورة الحشر .

(٢) قبل الأوغار ج ٦ ص ١٣٥ .

فإن السورة من أول قوله تعالى « وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع إلى هذه الآية تتحدث عن النكاح المطلق ، وبعد هذه الآية قوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات »^(١) ، تتحدث أيضا عن النكاح المطلق ، وهو النكاح المؤبد لأنه المتبادر عند الإطلاق ، وبديل تحديد العدد بأربع وثبوت توريثها منه وتوريثه منها كما يدل على ذلك قوله تعالى « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثلث مما تركن من بعد وصية توصون بها أو دين »^(٢) .

وأیضا فإن نكاح الأمة ليس ممنوعا مع طول المحصنة المؤمنة تمتعا ، فإن أن الكلام من أوله إلى آخره إنما هو عن النكاح المؤبد ، ولو كان الكلام في هذه الآية خاصا بنكاح المتعة لكان كلاما منقطعا عما قبله وعما بعده .

ولئن سلم جدلا أن الآية خاصة بنكاح المتعة فإن هذا لا يدل على أن هذا الحكم ما زال باقيا ، وما المانع أن يكون قد نسخ كما نطقت بذلك الأحاديث والآثار المستفيضة المشهورة .

وأما الوجه الثاني الذي تمسكوا به وهو قراءة أبي بن كعب فلا متمسك لهم بها ، وذلك لأنها قراءة غير متوازنة فلم تكن قرآنا .

وإن هذه القراءة : إن صححت عنه - فلا تعد وأن تكون تفسيرا وهذا

(١) سورة النساء الآية ٢٥ .

(٢) سورة النساء الآية ١٢ .

التفسير أما أن يكون عن توقيف أو عن اجتهاد فإن كان الأول فغايتها أنها كانت مشروعة ، وهذا لا ينفي أنها نسخت بعد ذلك وأما إن كان هذا التفسير عن اجتهاد منه فلا يكون رأيه ملزماً لنا ولا سيما أن السواد الأعظم من الصحابة على خلاف رأيه .

وأما الوجه الثالث وهو أن وجوب الأجر يكون بعد الاستمتاع ، وهذا لا يكون إلا في المتعة إلى آخر ما قالوه فالرد عليه أن المهر لا يتقرر بنفس العقد بل يتقرر بالدخول أو ما يقوم مقامه من خطوة صحيحة وهذا هو الاستمتاع ، ألا ترى أنه لو وقعت فرقة قبل الدخول من قبلها أن مهرها يسقط كله ، وبعد الدخول وهو الاستمتاع لا يسقط منه شيء ولو كانت الفرقة من قبلها .

فبان من ذلك أن تقرر المهر إنما هو بالاستمتاع ، وأما وجوب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فقد ثبت بدليل آخر لولاه لقلنا بسقوطه وهذا الدليل هو قوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم »^(١) .

فبان أن آية النساء ليست دليلاً على إباحة المتعة .

هذا والقرآن عبر في أكثر من موضع على تسمية المهر أجراً ومن ذلك قوله تعالى : « يأيتها النبي إنا أحللتنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن »^(٢) .
وبدهى أن النبي صلوات الله وسلامه عليه لم يتمتع ، وأن أزواجه كلهن كن زوجات دائماً .

(١) سورة البقرة الآية ١٣٧ . (٢) سورة الأحزاب الآية ٥٠ .

ولعل السر في التعبير عن المهر بالأجر إشعار الأزواج أنهم لم يملكوا من النساء رقابهن بما يذلوله من مال بل هو في نظير استمتاعهم بهن وهذا لا يدل بأى حال على إباحة المتعة .

وأما الوجه الرابع وهو أن حل الآية على نكاح المتعة يكون تأسيساً بينها حملها على النكاح المؤبد يكون تأكيداً والتأسيس خير من التأكيد إلى آخر ما قيل فيجواب عنه أولاً بالمنع ، وذلك لأن في هذه الآية حكماً جديداً ويبان ذلك أن قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنئذ مريثاً » قد ينشأ حكم ما إذا تنازلت المرأة عن شيء من صداقها لزوجها عن طيب نفس منها ، ولم تتعرض الآية لحكم ما إذا زاد الرجل للمرأة في صداقها من غير اشتراط منها ، فجاءت الآية الأخيرة ، وهى قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة » ، مينة أن أمر المهر بين الزوجين مبنى على تراضيهما فلهما أن يزيدا فيه وأن يحطامنه حتى بعد وجوبه واستقراره بالاستمتاع ، فكانت هذه الآية مفيدة لحكم جديد لم تتعرض له الآيات السابقة .

وثانياً : لو سلمنا جدلاً أن هذه الآية لم تأت بحكم جديد فلا نسلم أن الأسلوب القرآنى يأبى أن يكرر الحكم الواحد أكثر من مرة ، في السورة الواحدة وفي موضعين متقاربين ولا سيما إذا كان الحكم المكرر حكماً له شأنه كسألتنا هذه فإنه مما لا شك فيه أن النكاح من الأحكام الرئيسية ، وأن طلب إعطاء المرأة مهرها وأن لا يبتغى بالمال إلا الإحسان لا المساقفة أمر هام ينبغى لفت الأنظار إليه ، ولا سيما أن النفوس شحيحة بالمال ، وربما طمعت في مهر المرأة فلفت الله - سبحانه - أنظار الأزواج إلى وجوب

اثنان مهوون ، ولا سيما بعد الاستمتاع بين وقضاء الوطر منهن ، وهذا قريب من قوله تعالى ، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا (١) .

وبهذا تبين لنا أنه لا متمسك للبيحيين بهذه الآية ، وأنها ليست نصا في المسألة كما قال بعض المتعصبين .

وبما سبق بيانه تبين لنا أنه لا حجة للبيحيين ولا للبانعين بآية من كتاب الله تعالى ، وليس فيه نص على إباحتها أو تحريمها ، والكلام كله يجب أن ينحصر في إثباتها أو نفيها من السنة .

وبما لا جدال فيه - أيضا - أنها قد ثبتت إباحتها في بعض الغزوات ، وأن هذه الإباحة كانت إباحة ضرورة ، فإن الأخبار المستفيضة في هذا الموضوع ناطقة بأنها كانت للخوف والفقر وطول العزبة ، وقد مر بك بعض هذه الأخبار .

بقي ما استدلل به الإمامية من أن الإباحة ثبتت يقيين وأن النسخ غير مجمع عليه بل اضطرب القول فيه ، فلا ندع أمرا مجمعا عليه إلى أمر مختلف فيه .

هذه الشبهة وإن بدت في ظاهرها قوية إلا أنه عند التحقيق يبين لنا ضعفها ، وذلك لأن الكلام ليس في أصل إباحتها حتى يقال إن الإباحة ثابتة يقيين ، بل الكلام إنما هو في بقاء هذه الإباحة ، وهذا غير مجمع عليه كما ترى بل إن الذين رَوَوْا الإباحة من الصحابة هم أنفسهم الذين رَوَوْا نسخها وتحريمها ، فلماذا نصر على الأخذ بقولهم بالإباحة ، ولا نأخذ بقولهم في التحريم وإذا كان بعض الصحابة يقي على القول بإباحتها فإنه كان محل نقد

وإنكار من باقهم ، وأنه لم يبق أحد من نقل عنه القول بإباحتها على قوله هذا إلا ابن عباس رضى الله عنهما بل نقل عنه أيضا القول بالرجوع عنها وإن كان الصحيح أنه بقى على القول بإباحتها للضرورة فقط ، فهل ندع قول الصحابة جميعا ومهم على بن أبي طالب رضى الله عنه لناخذ بقول ابن عباس مع إنكار على لقوله كما سبق نقله .

ومن المعروف أن من أصول الإمامية القول بعصمة أئمتهم حتى عن الخطأ فى الاجتهاد ، وأنه إذا اختلف الصحابة وكانوا جميعا فى صف وعلى وحده فى صف فالقول عندهم قول على فإلهم يتركون قول على إلى قول ابن عباس مع إنكار على له ؟ بل قد ثبت أن جعفر الصادق قال فى المتعة (هى الزنى بعينه) كما رواه عنه البيهقى ^(١) .

بقى الكلام على دفع ما قد قيل إن فى نقل النسخ اضطرابا وإليك دفع هذا الاعتراض بما يشرح صدرك ، ويثلج قلبك ، ويريح ضميرك ، ويرشدك إلى الحق إن كنت ممن يطلب الحق .

إن المتبع لهذا الموضوع من مصادره يجد أن الناقضين لتحريم المتعة قالوا : إنها حُرمت فى خير وفى عمرة القضاء وفى غزوة الفتح وفى أو طاس ، وفى تبوك وفى حجة الوداع ، فهذه ستة أزمنة وأمكنة قيل أن النسخ وقع فيها ، فإذا أسقطنا من حسابنا عمرة القضاء وغزوة تبوك لعدم صحة الأخبار فيها من ناحية السند بقى معنا أربعة أزمنة وأمكنة ، هى خير والفتح وأوطاس وحجة الوداع .

والذى تنطق به الأحاديث والأخبار المستفيضة المشهورة أن النهى كان فى خير لما زال سبب الإباحة وذلك لأنه لما كثرت السبايا فى أيديهم نهى

عنها ولم يرد في خبر من الأخبار أن النهي كان نهي تأيد بل الوارد أنه كان
نهيًا معلا بعله هي كثرة السبایا وعدم الحاجة إلى التمتع ، ثم أیحت في غزوة
الفتح لوجود مقتضاها وحرمت فيها تحريم تأيد كما نطقت بذلك الأحاديث
الصحيحة المشهورة ، وأما القول بأن التحريم كان في أوطاس فلاننا في أنه
كان في غزوة الفتح ، وذلك لأن أوطاس ضاحية من ضواحي مكة وكانت
غزوتها تعتبر من متمات غزوة الفتح على أن الرواية الواردة ، في أوطاس
صريحة أن التحريم لم يكن بأوطاس نفسها بل الروايات كلها تقول : إن
التحريم كان عام أوطاس ، ولا شك أن أوطاس والفتح كانا في عام واحد
فإن الفتح تم في رمضان وأوطاس في شوال فهما في عام واحد فلا تعارض
بين الروایتين ، وأما ما قيل أن التحريم كان في حجة الوداع فذلك على معنى
أن الرسول صلى الله عليه وسلم قرر هذا التحريم الثابت يوم الفتح في حجة
الوداع كما قرر أكثر التشريعات الثابتة من قبل كتحريم الربا والأموال
والدماء والأعراض .

وبهذا تبين أنه لا اضطراب بين الأخبار فالنسخ المؤبد وقع في الفتح
دون ما قبله أو بعده .

الرأى المختار :

عما تقدم تبين لنا بوضوح :

أولا : أن تشريع المتعة كان تشريع ضرورة وأنها لم تكن مباحة في حال
الاستقرار والسعة .

ثانيا أن هذه الرخصة قد زالت بالنص على تحريمها إلى يوم القيامة .

ثالثا : أن تحريم عمر لها لم يكن عن اجتهاد منه بل عن توقيف ونص

من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا هذا بما نقلناه من الأخبار الصحيحة عنه .

رابعا : أن أئمة أهل البيت ثبت عنهم إنكارها فقد أورد نالك ما نقل عن علي ، وعن جعفر بن محمد ، وقولها حجة عند الإمامية .

خامسا : أن علي فرض التسليم بوجود أخبار متعارضة في هذا الموضوع وقد تبين لك أنه لا تعارض - فإن الاحتياط في أمر الألباض والأعراض تقتضينا القول بالتحريم .

هذا وإن المجتمع الذي يدين بإباحتها يضح عقلاؤه من سوء عواقب هذا النكاح ، ولذلك لا ترى إماميا له شرف ومكانة يقلل أن يستمتع بابنته أو أخته وما ذلك إلا لما استقر في الصدور من قبحه وسوء مغيبته وعاقبته .

وفما قررناه مقنع لمن إراد الاقتناع ، وأما المعاند فلا تقنعه الحجة وإنما إقناعه بأسلوب آخر
والله ولي التوفيق ؟

«مبحث في نكاح المحلل»

(١) أجمع الفقهاء على أنه إذا طلقت المرأة ثلاثاً ثم انقضت عدتها فزوجت زوجها آخر بنكاح صحيح عن رغبة . منها ودخل بها دخولا كاملاً وتمتع بها كما يتمتع الرجل بزوجه ثم مات عنها أو طلقها أو فسخ نكاحها ثم انقضت عدتها فإنها تحل لزوجها الأول ، ولا إثم على الزوج الأول ولا الثاني ولا المرأة والأصل في هذا قوله تعالى : «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» (١) . ثم قال بعد ذلك «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون» (٢) .

والآية وإن كانت لم تعرض لموت الزوج الثاني إلا أن الموت إنهاء للنكاح القائم وهو أقوى في هذا المعنى من الطلاق .

ومثل الطلاق الفسخ لأنه مثله إن لم يكن أقوى منه في رفع عقدة النكاح فكان ثبوت التحليل بالموت والفسخ بما يسمى بدلالة النص عند الحنفية أو يسمى بمفهوم الموافقة أو القياس الجلي عند غيرهم .

وحكمة مشروعية الزواج الثاني بعد الطلاق الثلاث أن الشارع جعل الطلاق ثلاثاً ليتدارك كل من الزوجين أسباب الشقاق بينهما ويصلحا من نفسيهما حتى يكوّنا بيتاً صالحاً مستقراً فإذا وقع الطلاق الثالث فقد استبان تعذر استقرار الحياة الزوجية بينهما ، وكان من الخير أن يباعد بينهما ، فإن

(١) من الآية ٢٢٩ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٢٣٠ من سورة البقرة .

تزوجت المرأة بنيره وعاشرتة معاشرة الأول ، واج انكشف لها نوع جديد من طباع الرجال ، واستطاعت أن تقارن بين زوجها الأول وزوجها الثاني ، فإن كان سبب الفشل من جانبها هذبت من طباعها فإن رجعت إلى الأول رجعت إليه بمخلق غير مخلقها الأول ، وحرصت على ألا تغضبه مرة أخرى ، وإن كان العيب من الزوج كان في زواجها من غيره تأدياً له ، فيعود إليها بمخلق غير خلقه الأول ، وبهذا تستقر الحياة الزوجية ، وتزول أو تقل - على أقل تقدير - عوامل الشقاق والنفور بين الزوجين .

وهذا لا يكون إلا إذا كان الزواج الثاني ، والعودة إلى الزوج الأول مبنيين عن رغبة في استقرار الحياة الزوجية .

(٢) وأما اشتراط دخول الزوج الثاني بالمطلقة ثلاثاً دخولاً كاملاً فهو مذهب جمهور الأمة وشذ سعيد بن المسيب وبشر المريسي وداود الظاهري فقالوا بالاكفء بالعقد ونسب صاحب فتح القدير هذا القول للشيعة ولم أجد هذا القول في كتب الإمامية أو الزيدية منهم .

واشترط سعيد بن المسيب أن يكون النكاح نكاح رغبة ولقصد الاستدانة وإن كان لم يشترط (ذوق العسيلة) وهو ظاهر اختيار ابن حزم ^(١)

واستدل هؤلاء بالآية السابقة وحلوا النكاح على العقد ، وقالوا : إن حديث ذوق العسيلة (الذي تمسك به لجمهور والذي سيذكر فيما بعد) خبر آحاد فلا يقيد به مطلق الكتاب .

وأما الجمهور فقد تمسكوا بالكتاب والسنة والإجماع .
أما الكتاب فالآية المتقدمة آتفا ومحط الاستدلال هو قوله تعالى . حتى

(١) فتح القدير ج ٢ ص ١٧٦ ، والمحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٧٨ والبحر الزخار ج ٣ ص ١٧٣ .

تنكح زوجا غيره، ووجه استدلالهم أن لفظ النكاح، يقينا، يستعمل إما في العقد وإما في الوطء وإن كلوا قد اختلفوا أى الاستعمالين حقيقة وأيهما مجاز فإذا قامت قرينة على أحد المعنيين وجب المصير إليه، والقرينة هنا هي لفظ (زوجا) فلو كان لفظ (تنكح) بمعنى تعقد لكان في الآية إطناب وتطويل لا حاجة إليه، فقد كان هذا المعنى يؤدي بقوله: حتى تنكح غيره، أو تزوج غيره، ومقتضى بلاغة القرآن التي هي في الذروة أن يحمل لفظ تنكح بمعنى المعاشرة الجنسية من زوج غيره.

وأما السنة فهو ما رواه البخارى بسنده عن عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى تزوج امرأة ثم طلقها فتزوجت آخر فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أنه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هذبة فقال: لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك .

. وهذا الحديث رواه جميع المحدثين بألفاظ متقاربة .

وأخرج النسائي بسنده عن عبيد الله بن العباس بن عبد المطلب أن الغيمصاء أو الرميمصاء أتت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو من زوجها أنه لا يصل إليها فلم يلبث أن جاء فقال: إنها كاذبة ولكنها تريد أن ترجع إلى زوجها الأول، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: « ليس ذلك حتى تذوق عسيلته، ورجال هذا السند ثقات .

وزوج الغيمصاء هذه على ما أخرجه الطبراني هو عمرو بن حزم وقد أخرج الطبراني هذه القصة، أيضا، عن عائشة رضى الله عنها .

قصة الغيمصاء غير قصة زوجة رفاعة القرظى السابقة .

وروى ابن حبان في تفسيره لقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره، أنها

نزلت في عائشة بنت عبد الرحمن بن عقيل النضرية كانت تحت رفاعة بن وهب
ابن عتيك وهو ابن عمها فطلقها طلاقاً بائناً فزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير
ثم طلقها فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت أنه طلقني قبل أن يمسي أفأرجع
إلى ابن عمي زوجي الأول قال : لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك .

فهذه قصة ثالثة :

هذا وقد أخرج الطبري وابن أبي شيبة مثل ما تقدم عن أبي هريرة رضي
الله عنه وأخرج الطبري والبيهقي مثل ذلك عن أنس بن مالك رضي الله عنه
فهذه الأحاديث صريحة باشتراط دخول الزوج الثاني بها دخولا كاملا .

والقول بأنها أخبار آحاد فلا يزداد بها على ما في القرآن وإلا كان نسخ
القرآن بالسنة التي لم تتواتر وهو ممنوع يرُدّ عليه أن هذه الأخبار ليست
أخبار آحاد بل هي متواترة معنى أو على الأقل أخبار مشهورة ، والخبر المشهور
يقيد به مطلق الكتاب عند الحنفية .

ولئن سلم أن هذه أخبار آحاد فإن الشرط إن كان من مقتضيات اللفظ
القرآني فيجوز تقييده بالسنة الأحادية ، وما لا شك أن الوطء مما يقتضيه
لفظ النكاح ، فالسنة يثبت أن المراد بالنكاح في الآية هو الوطء .

ومن العجب أن ابن حزم مع شدة تمسكه بالأخبار - وإن كانت آحادا -
يشكك في هذا الموضوع فيدعي أولا بأن حديث العسيلة لم يرد إلا عن عائشة
ثم يشكك في تقييده لمطلق الكتاب مع أنه سبق في بحث ثبوت حرمة
المصاهرة بالزنى عند الاستدلال لرأيه أن لفظ النكاح حقيقة في العقد والوطء .
وأيضا فقد استبان لك أن الخبر لم يقتصر نقله عن عائشة بل نقل - كذلك -
عن أبي هريرة وأنس وعبيد الله بن عباس .

كلية الشريعة

مذكرة

في مقرر الأحوال الشخصية

للسنة الثالثة بكلية الشريعة

جمع وتلخيص

محمود الأزرق

رئيس نيابة الأحوال الشخصية

بمحاكمة النقض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله تعالى وسلم على سيدنا محمد رسوله الأمين
وعلى جميع الأنبياء والمرسلين .

أما بعد :

فهذه مذكرة في الأحوال الشخصية للسنة الثالثة من كلية الشريعة أرجو
أن تكون وافية بحاجتهم لملازمة لمداركهم واستعدادهم والله ولى التوفيق .

مدلول الأحوال الشخصية :

الأحوال الشخصية اصطلاح غير معروف لدى فقهاءنا الأقدمين ولم يرد
له ذكر في كتب الفقه وإنما هو اصطلاح وافد إلى مصر من البلدان الأجنبية
استساغها الكتّابون في الفقه الإسلامى وأطلقوه على المسائل التى تتعلق
بشخص الإنسان وذاته كالزواج والنسب والميراث لأن كون الإنسان أباً
أو إبناً أو أخاً وكونه وارثاً أو محجوراً أو محروماً هو من الحالات والصفات
الشخصية - وهى عند فقهاءنا الأقدمين تندرج فى قسم المعاملات إذ الأحكام
نوعان .

الأول : أحكام اعتقادية تتعلق بتكوين العقيدة الصالحة فى المبدأ والمعاد
وفى الوسائط التى توصل إلى العلم بهما من أنوحى والرسالات والكتب المنزلة
من عند الله تعالى .

الثانى : أحكام عملية يقصد منها بعد اعتقاد حقيقتها أن يعمل على وفقها
فى نواحي الحياة المختلفة وهى قسمان .

الأول : أحكام العبادات التي يقصد بها التقرب إلى الله تعالى وحده كالصلاة والصيام والحج والزكاة فهي أحكام تنظم علاقة العبد بربه .

الثاني : أحكام المعاملات التي تجسرى بين الناس مثل البيع والشراء والإجارة والرهن وهي أحكام تهتم على أحوال الاجتماع الإنساني وتنظم علاقة الأفراد بعضهم مع بعض . علاقات الجماعات كذلك ويدخل في هذا القسم ما سمي في الاصطلاح الحديث باسم الأحوال الشخصية ، وقد كانت الجهات القضائية قبل توحيدها مختلفة في تحديد معنى الأحوال الشخصية وكان لهذا الاختلاف أهمية كبيرة من ناحية تعيين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تقوم بين الأفراد والفصل فيها فبينما كانت المحاكم الشرعية تتوسع في تعيين المراد بالأحوال الشخصية كانت الجهة الأخرى تحاول التصيق من مدلول هذه العبارة وظل هذا الخلاف قائما حتى صدر حكم لمحكمة النقض في مصر بتاريخ ٢١ يوفية سنة ١٩٣٤ يحدد الاصطلاح القانوني لهذه العبارة بقولها (المقصود بالأحوال الشخصية مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي ترتب عليها القانون أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككونه ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرمل أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا وكونه تام الأهلية أو ناقصا لصغر سن أو عنه أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدا بسبب من أسبابها القانونية - أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية ، وعلى ذلك فالوقف والمهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها وأسبابها من الأحوال العينية غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والمهبة والوصية وهي من عقود التبرعات تقوم غالبا على فكرة التصديق المنتوب إليه ديانة فخله هذا على اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية ليخرجها من

اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوى على عنصر ديني ذي أثر في تقرير حكمها - وبالرغم من هذا التحديد فإن النزاع بين الهيئات القضائية في المقصود من الأحوال الشخصية لم ينقطع بل كان يثور بين حين وآخر وفي سنة ١٩٤٩ صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ وهو قانون نظام القضاء وبين في المادتين ١٢ ، ١٤ منه ما يعتبر من الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين عما يفهم منه قصد المشرع المصري من مدلول الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين إذ لا يعقل أن يكون اللفظ واحد هو الأحوال الشخصية معان مختلفه أو متباينة في نظر مشرع واحد هو المشرع المصري ووفقا لنص المادة ١٣ يعتبر من الأحوال الشخصية ما يأتي :

- ١ - المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم .
 - ٢ - المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق .
 - ٣ - المسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع .
 - ٤ - الالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار .
 - ٥ - تصحيح النسب والتبني .
 - ٦ - الوصاية والولاية والقيامه والإذن بالإدارة والفيه واعتبار المفقود ميتا .
 - ٧ - المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافه إلى ما بعد الموت .
- ووفقا للسادة (١٤) تعتبر المحبة من الأحوال الشخصية بالنسبة لغير

المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك ، أما بالنسبة للصيرين فالحبة من المسائل المالية .

واعتبار الأمور المتعلقة بحالة الشخص الطبيعي أو العائلي ككون الإنسان ذكراً أو أنثى تام الأهل أو ناضجاً أو زوجاً أو مطلقاً وما إلى ذلك من مسائل الأحوال الشخصية واضح لا يحتاج إلى بيان ومثلها في ذلك الميراث لأن كون الإنسان وارثاً أو محجوباً من الميراث أو محروماً منه من الصفات والحالات الشخصية للإنسان .

أما الأمور المتعلقة بالمال كالمهر بالنسبة للسليين ، والدوطة بالنسبة لغيرهم ، والنفقة الواجة للزوجة أو الأقارب فهي بحسب الأصل من الأمور المالية ، ولكنها اعتبرت من الأحوال الشخصية لاتصالها الوثيق بالأحكام الدينية للزواج الذي هو عقد يتعلق بذات الإنسان وشخصه - وأما الوقف والوصية فلا يظهر فيهما كثيراً معنى الأحوال الشخصية ، لكنهما الحقايق من حيث إن الوصية أخت الميراث ، لأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، والوقف عقد تبرع كالوصية فكان مثلها في اللحاق بالأحوال الشخصية ، وقد كانت الهبة في أول الأمر معتبرة من مسائل الأحوال الشخصية من جهة أنها من عقود التبرعات كالوقف والوصية ، ولكن عدل عن ذلك في قانون تنظيم القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ ، واعتبرت من العقود المدنية المحضة ، وقد وضعت أحكامها في القانون المدني في المواد من ٤٦٨ - ٥٠٤ ، وفيما يبدو فإن اعتبار الهبة من العقود المدنية اختيار صائب ، لأن معنى الأحوال الشخصية غير ظاهر فيها لتعلقها بالمال ، فليس هناك من مقتضى لإخراجها من الأحوال العينية وإلحاقها بقسم الأحوال الشخصية .

ما ذا يترتب على تحديد مسائل الأحوال الشخصية :

كان تحديد مسائل الأحوال الشخصية قبل توحيد جهات القضاء بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية أمراً بالغ الأهمية ، إذ كان يترتب على ذلك تعيين المحكمة التي تفصل في النزاع ، فإن كان النزاع متعلقاً بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كانت المحكمة الشرعية أو المجلس المالي هو المختص بالفصل تبعاً لديانة المتنازعين ، أما بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية ، فقد أصبحت المحاكم الوطنية مختصة بالفصل في جميع المنازعات ، سواء أكانت متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية أم بغيرها ، لكن بقيت مع هذا الأهمية لمعرفة ما إذا كان النزاع متعلقاً بمسائل الأحوال الشخصية أم لا ، فإنه يترتب على ذلك معرفة القانون الذي يطبق ، فإن كان النزاع متعلقاً بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين مسلمين أو بين غير المسلمين المختلفي الملة والطائفة ، فإن الذي يطبق على موضوع النزاع ما نص عليه في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أما غير المسلمين المتحدو الملة والطائفة الذين لهم جهات قضائية مالية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم ، وذلك طبقاً للمادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التي نصت (تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف ، والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للصوريين غير المسلمين والمتحدو الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية مالية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم) .

المحكمة المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية :

قبل أول يناير سنة ١٩٥٦ كانت المحاكم الشرعية والمجالس المالية هي المختصة

بالفصل في قضايا الأحوال الشخصية ، وكانت المحاكم الشرعية على ثلاث درجات : المحاكم الجزئية ، والمحاكم الابتدائية ، والمحكمة العليا للشرعية ، واختصاص كل منها مبين في القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، واللائحة الشرعية ، كما أن اختصاص المجالس المليية مبين بلوائحها وقوانينها ، ولما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المليية نص فيه على العوائق التي تنظر قضايا الأحوال الشخصية وكيفيه تشكيلها وعلى اختصاصها ، فنص في المادة ٤ منه على أنه (تشكل بالمحاكم الوطنية دوائر جزئية وابتدائية واستئنافية وفقا لما هو منصوص عليه في قانون نظام القضاء لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية ، أو المجالس المليية . وتصدر الأحكام من محاكم الاستئناف في القضايا المذكورة من ثلاثة مستشارين يجوز أن يكون أحدهم من رجال القضاء الشرعي المعيّنين في القضاء الوطني بمقتضى هذا القانون ، ويكون في درجه نائب أو عضو بالمحكمة العليا الشرعية أو من في درجته ، وتصدر الأحكام في المحاكم الابتدائية من ثلاثة قضاة يجوز أن يكون أحدهم أو اثنان منهم من درجه رئيس أو نائب أو قاض من قضاة المحاكم الشرعية المعيّنين في القضاء الوطني بمقتضى هذا القانون ، ويجوز أن يتولى رئاسته المحكمة الجزئية عند نظر قضايا الأحوال الشخصية قاض من قضاة المحاكم الوطنية أو أحد القضاة من رجال القضاء الشرعي المعيّنين في القضاء الوطني بمقتضى هذا القانون) .

وقبل إلغاء المحاكم الشرعية كانت دعاوى النسب في غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجية بجميع أسبابها من اختصاص المحاكم الجزئية ، ولكن بصور قانون إلغاء المحاكم الشرعية صارت من اختصاص المحاكم الابتدائية بمقتضى المادة الثامنة من القانون المذكور التي نصت على أن

(تختص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية طبقاً لما هو مبين في لائحته ترتيب المحاكم الشرعية عدا دعوى النسب في غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها وللمشار إليها في المادة السادسة من اللائحة فإنها تكون دائماً من اختصاص المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وفقاً لما هو مبين في المواد ٨ ، ٩ ، ١٠ من اللائحة .

وقد استحدثت من أول يناير سنة ١٩٥٦ نظام تتدخل النيابة في قضايا الأحوال الشخصية وصدر بذلك القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ فقد نص في المادة ١ منه على ما يأتي : (يجوز للنياة العامة أن تتدخل في قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية بمقتضى القانون رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه . وعليها أن تتدخل في كل قضية أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية أو بالوقف وإلا كان الحكم باطلاً . ويجرى على التدخل أحكام الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

عقد الزواج

أهميته في الإسلام وفي الشرائع السابعة :

الزواج عقد يتعلق بذات الإنسان ويتوقف عليه الجزء الأكبر من سعادته في حياته أو شقائه فإن وفق فيه إلى زوجة عفيفة صالحة مطيعة سعد واطمأن وأنتج وإلا شقى واضطرب وأهمل . وبالزواج تكون الثروة التي بها تتكون الأسر والقبائل والجماعات : « يأياها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء ، « يأياها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ،

ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، وإن عقدا هذا شأنه لجدير بعناية الشارع به ورعايته ووضع الأحكام التي تنفق وأهميته وآثاره . وليس هناك عقد من العقود قد عنى الشارع به عناية بعقد الزواج فقد وضع له الأحكام من حين التفكير فيه حتى تمامه ، بل ووضع له الأحكام التي تترتب على انقضائه بالموت أو الطلاق فوضع أحكاما للخطبة وحث على خطبه العفيفة الصالحة وإن لم تكن ذات مال وجمال وحسب وبين الله سبحانه من يحل زواجها ومن لا يحل ودعا إلى المفارقة بالإحسان إن لم يمكن الأمساك بالمعروف وهكذا من الأحكام التي وضعها الشارع الحكيم لصيانة هذا العقد ودوامه .

وهذه العناية التي خص بها الشارع عقد الزواج موجوده في جميع الشرائع السابقة على الإسلام في الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية نفس الاهتمام والعناية الموجودتين في شريعة الإسلام إذ في كل منهما نظام الخطبة كيف تكون وبم يتم وماذا يترتب على انقضاءها . وهل هناك تعويض على من يتسبب في عدم إتمامها أولا ؟ كما أن في كل منهما الزواج كيف يكون وبم يتم ومن يحل تزوجها ومن لا يحل وما حق كل من الزوجين على الآخر وما إلى ذلك مما يدل على اهتمام جميع الشرائع بهذا العقد لما له من أثر في حياة الفرد والجماعة والعودة وليس هنا مجال تفصيل ما سبق بالنسبة للشريعتين الموسوية والعيسوية ويكتفي أن نتكلم عن عقد الزواج بالتفصيل في الشريعة الإسلامية لأنه موضوع الدراسة .

تعريف عقد الزواج :

عقد الزواج : عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة ملك استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل : ووضع لفظ الأصالة في

التعريف لإخراج شراء الأمة للتسرى لأن ملك الاستمتاع بها ليس مقصودا بالإصالة وإنما هو مستفاد تبعاً لملك الرقة : وعبر في جانب الرجل بملك الاستمتاع وفي جانب المرأة بحل الاستمتاع لأن حق الاستمتاع بالمرأة ملك خاص بالرجل صاحب العقد لا يحل لغيره لا يعقد ولا يغير عقد مادام حكم العقد الأول باقياً فلا يحل للمرأة المتزوجة أو التي في حكمها أن تتزوج بزواج آخر . أما حق استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتاً لها على أنه ملك خاص بها لا يكون لأحد غيرها من النساء لأن للرجل أن يتزوج أربعا : وما يجب أن يلاحظ أن عقد الزواج ليس أثره ملك الزوجة ذاتها ولا ملك منفعتها وإنما أثره حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر : أما شراء الأمة فأثره ملك رقبته وجميع منافعه فليسببها أن يتمتع بها وله أن يزوجها أو يملكها غيره وله أن يستخدمها ويخدمها غيره وهذا هو الفارق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع فأن من يملك المنفعة يملك تمكين غيره من الانتفاع بها أما من يملك الانتفاع فليس له هذا الحق .

صفة الزواج الشرعية :

يقصد بصفة الزواج الشرعية ما يثبت له شرعاً من جهة كونه مطلوباً فعله أو تركه وله بهذا الاعتبار خمس حالات ثلاث منها يكون فيها مطلوب الفعل وحالتان فيها مطلوب الترك .

الحالة الأولى : ما يكون الزواج فيها فرضاً وذلك إذا تيقن الإنسان الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج وكان مع ذلك لا يستطيع التحرز عن الفاحشة بنحو الصيام وكانت لعية مؤونة النكاح فإنه في هذه الحالة فرض عليه أن يتزوج فإذا لم يفعل كان آثماً .

الحالة الثانية : يكون فيها واجبا إذا خاف الوقوع في الفاحشة بعدم الزواج خوفا لا يصل إلى اليقين .

الحالة الثالثة : يكون فيها حراما إذا يقن الوقوع في الظلم والأضرار بالمرأة إذا هو تزوج .

الحالة الرابعة : يكون فيها مكروها إذا خاف الوقوع في الظلم خوفا لا يصل إلى مرتبة اليقين .

الحالة الخامسة : وهي حالة الاعتدال والامر فيها يختلف فذهب الظاهرية أن الزواج في هذه الحالة فرض متى كان الإنسان قادراً عليه وعلى مؤنه مستندين في ذلك إلى ظواهر النصوص من الآيات والأحاديث التي ورد فيها الأمر بالزواج مثل قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » ، « وأنكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » ، ومثل قوله صلى الله عليه وسلم (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه الصوم) وعند الحنفية والمالكية والحنابلة أن الزواج في هذه الحالة سنة مؤكدة فإن النبي صلى الله عليه وسلم فعله وحث عليه ولكن لم يحتم فعله على كل الناس ولم يلزم به كل فرد الألزام المصمود في الفرائض أو الواجبات وذلك دليل السلية ويشهد بالسنة أيضا في هذه الحالة قوله صلى الله عليه وسلم رداً على من قال أما أنا فأصلي أبداً وعلى من قال أنا أصوم الدهر ولا أفطر وعلى الثالث الذي قال أنا أعزل النساء فلا أتزوج أبداً ، أتم الذين قلتم كذا وكذا أما والله إنى لآخضاكم به وأتقاكم له لكنني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني . » .

مقدمات الزواج .

الخطبة : جرت عادة الناس أن يقدموا على عقد الزواج أمورا تمهد له ومن ذلك الخطبة وهي إظهار الرغبة في الزواج بإمرأة معينة والافضاء بهذه الرغبة إلى المرأة أو من يتولى أمرها فإذا أُجبت هذه الرغبة من جانب المرأة أو من يمثلها تمت الخطبة بينهما وهي أول عمل شرعى يسبق العقد .

أنواعها : تكون الخطبة نارة بلفظ صريح في الدلالة على طلب الزواج بالمرأة وإظهار الرغبة في ذلك كأن يقول الرجل للمرأة التى يرغب فى زواجها أريد أن أتزوجك وتارة تكون بطريق التعريض وذلك بذكر كلام من الخاطب يحتمل الخطبة وغيرها ولكن يفهم من عرضه بدلالة الأحوال والقرائن قصد الخطبة كأن يقول لمن يريد زواجها إنك مهبذة أو جميلة أو أريد الزواج وهكذا .

من تباح خطبتها :

الخطبة ليست مقصودة لذاتها وإنما هي مقدمة للزواج وعلى هذا فهي تابعة لحكمه فإن كان الزواج بالمرأة ممنوعا شرعا فكذلك الخطبة وإن كان الزواج بها مباحا كانت الخطبة كذلك مباحة ولذلك اشترط الفقهاء لإباحة خطبة المرأة أمرين .

١ — ألا يكون هناك مانع شرعى يمنع من الزواج بها فى الحال فإن وجد مانع شرعى كانت الخطبة حراما فلا يحل للرجل أن يطلب امرأة يحرم عليه الزواج بها تحريرا مؤبدا كأخته وعمته وخالته أو مؤقتا كأخت زوجته ومن هى زوجة لرجل آخر لأن الخطبة وسيلة إلى الزواج ففى كان الزواج حراما كانت الوسيلة إليه كذلك . هذا إلى ما فى خطبه زوجة الغير من إفساد

الحياة الزوجية القائم وبذر بذور الشقاق والفتنة والبغضاء بين الأسر والمائلات . فإن كانت المرأة مشغولة بأثر من آثار الزواج بأن كانت معتدة من طلاق فهل تحمل خطبتها ؟ في ذلك تفصيل هو أما أن تكون الخطبة بلفظ صريح وأما أن تكون بطريق التريض . فأما الخطبة بلفظ صريح فلا تجوز للمعتدة مطلقا سواء أكانت معتدة وفاة أم معتدة من طلاق رجعي أم بائن لأن ذلك فوق أنه منافي للبروة وخالف للآداب العامة التي يدعو إليها الإسلام فإنه قد يجر إلى مفسده إذ يوجب عداوة بين المخاطب وأهل الزوج المتوفى كما يوجب حقد وفتور من المخطوبة خصوصا إذا رضيت بالخطبة وهذا إذا كانت معتدة وفاة أما إذا كانت معتدة طلاق فإن الشرع يكون أعظم وأخش وتكون العداوة والشحناء أكثر وأشد هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فقد تدعو خطبته معتدة الطلاق صريحا إذا خف دينها إلى أن تقر بانقضاء العدة إذا مكثت أقصر مده يمكن أن تصدق فيها المرأة مع أن الواقع يكون غير ذلك لكن رغبنا في الزواج تدعوها إلى أن تقر كذبا بانقضاء العدة قبل أن تنقضي ما دامت المدة تحتل ذلك ولا سبيل إلى معرفة الحقيقة إلا منها لأن الشرع جعلها أمانة في ذلك ومثله . أما الخطبة بطريق التريض فأنها تجوز باتفاق المذاهب إذا كانت العدة عدة وفاة لقوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ، لأن الآية وإن كانت عامه في التريض بخطبة النساء إلا أن المراد بهن معتدات الوفاة لأن الكلام في شأنهن بدليل الآية التي قبلها ، والذين يتوفون منكم وبذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ، وإنما أيسحت خطبة المعتدة من وفاة بطريق التريض لأن الزوجية بينها وبين زوجها قد انتهت بالوفاة فلا يتصور عودها مرة أخرى فليس في خطبتها اعتداء على حق الزوج ولا أقاربه ، وأمر آخر فإن معتدة الوفاة أما أن تكون حاملا أو حائلا

فالحامل عدتها وضع الحمل وغيرها أربعة أشهر وعشرة أيام فلا يحنى منها الإقرار بانقضاء العدة قبل أوانها . وأما المعتدة من طلاق رجعى وهو الذى يملك فيه المطلق أن يراجع امرأته من غير عقد جديد فأتاقي المذاهب أيضا على أنه لا تجوز الخطبة بالتعريض . وإن كانت العدة من طلاق باتن فذهب الحنفية أنه لا تجوز الخطبة أيضا بالتعريض للأمر الذى ذكرت فى المنع من الخطبة بطريق التصريح ولا فرق عند الحنفية بين أن تكون الينونة ينونة صغرى أو كبرى . ومنه الشافعية جواز خطبة المعتدة من طلاق باتن سواء أكانت الينونية صغرى أم كبرى لأن الخطبة بطريق التعريض لا تتركز إليها المرأة كما تركز فى الخطبة الصريحة لوجود الاحتمال فيها وبذلك يضعف احتمال المحذور الذى من أجله حرمت الخطبة الصريحة .

الأمر الثانى :

ألا تكون المرأة مخطوبة لغير الخاطب ولو كانت مخطوبة لغيره فلا تحل له خطبتها مادامت مخطوبة لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن) ولأن فى خطبة مخطوبة الغير اعتداد عليه وإضراراً له والله لا يحب المعتدين والإضرار منهى عنه ، فإذا عدل الخاطب والمخطوبة عن هذه الخطبة أو عدل أحدهما حل لمن يريد التزوج التقدم لخطبتها ، وحل تحريم خطبة المخطوبة ما إذا كانت قد أجابت رغبة الخاطب ورضيت به أما إذا سكنت فلم يجب خطبته ولم تردها بل أرجأت ذلك حتى تسأل وتساور فهل تحمل خطبتها ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك فرأى بعضهم كراهة الخطبة وعدم حلها وهو رأى الإمامين أبى حنيفة ومالك وحجتهم فى ذلك الأحاديث الواردة فى النهى عن خطبة مخطوبة الغير ومنها الحديث السابق فى عامة تناول كل مخطوبة سواء أكانت قد وافقت على

الخطبة أم أرجأتها حتى السؤال والتحرى وإلى أن السكوت عن الإجابة أو الرد وإن كان لا يدل على الرضا بالمخاطب فهو أيضا لا يدل على كراهيته فربما كانت الرغبة فيه حاصلة من بعض الوجوه فيكون هناك احتمال قبول خطبته فإذا أبيع لاغير التقدم لخطبتها فقد يترتب على ذلك زوال هذه الرغبة ورفض خطبته ، وفي هذا اعتداء على حق المخاطب الأول وهو لا يجوز ورأى آخرون إباحة هذه الخطبة مستنديين إلى ما روى أن فاطمة بنت قيس تقدم لخطبتها معاوية بن أبي سفيان وأبو جهم وأسامة بن زيد فذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرت له ذلك فقال صلى الله عليه وسلم أما أسامة فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ولكن أسامة فقالت يدها هكذا أسامة أسامة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم طاعة الله وطاعة رسوله فرضيت بأسامة وتزوجته فجعل الله فيه خيرا واغتبط به ، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قد علم بخطبة هؤلاء الثلاثة لفاطمة ولم ينكر على واحد منهم خطبته إياها فدل ذلك على إباحة خطبة المرأة المخطوبة من قبل إذا لم تحصل إجابة أو رد وقد قال الحنفية والمالكية إنه لا حجة في هذا الحديث على ما ذهب إليه هذا الفريق لأنه ليس فيه دليل على أن أحد هؤلاء الثلاثة قد سبق الآخرين إلى الخطبة إذ يحتمل احتمالا قويا أن يكون الثلاثة قد خطبوا معا في وقت واحد وعلى فرض أن أحدهم قد سبق الآخرين فليس فيه دليل على أن المخاطب الثاني أو الثالث كان يعلم بخطبة الأول .

ومن مقدمات الزواج التي نذبت إليها الشريعة أن يرى المخاطب مخطوبته تنصح رغبته فيها ويطمئن إلى الزوج بها ، فقد تكون دميته ، وقد تكون مشوهة فيستطيع أن يعدل عن خطبتها قبل أن يتورط في زواجها ، فقد روى

عن المغيرة بن شعبه أنه خطب امرأة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » ، ومعنى يؤدم بينكما : أى يصلح وتكون به الألفة والوفاق ، وصح عن الرسول صلوات الله عليه أنه قال : « إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان » ، إنما ينظر إليها لحظة وإن كانت لا تعلم ، وعن أبي هريرة رضى الله عنه قال : خطب رجل امرأة فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « انظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئا » ، يعنى ضيقا .

أركان عقد الزواج :

ركن الشيء ما يكون داخلا في قوامه ، إذا وجد هذا الركن وجد الشيء وإن انعدم انعدم بانعدامه ، وهو بخلاف الشرط ، فإن الشرط لا يدخل في قوام الشيء وحقيقته ، وإن كان يترتب على انعدامه عدم الاعتداد بذلك الشيء : وعقد الزواج له أركان وله شروط : فأما أركانه فهي الإيجاب والقبول اللذان يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق الرضا منهما ، ويدلان على تحقق الرضا الباطنى . والمراد بالإيجاب في عقد الزواج - كما في غيره من العقود - ما يصدر أولا من أحد الطرفين المتعاقدين سواء أكان هو جانب الزوج أم جانب الزوجة ، والقبول ما يصدر ثانيا من الطرف الآخر كذلك ، فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك أو زوجيني نفسك فقالت قبلت أو زوجتك نفسى كان الأول إيجاباً للعقد من الرجل ، وكان الثانى قبولا منها ، وإذا بدأت المرأة فقالت للرجل : زوجتك نفسى أو تزوجتك ، وقال الرجل : رضيت أو قبلت كان الأول إيجاباً من المرأة ، وكان الثانى قبولا من الرجل .

ما يلزم في الإيجاب والقبول :

يلزم أن تراعى في العبارات التى تكون بها عقد الزواج وقبوله أمور

بعضها في صيغة اللفظ وهيئة ، وبعضها في مادة هذا اللفظ : أما ما يلزم
اعتبار في الصيغة والهيئة فهو أن يكون كل من الإيجاب والقبول بصيغة
الماضي كزوجت وتزوجت ورضيت وقبلت ، أو يكون الإيجاب بصيغة
الأمر والقبول بصيغة الماضي ، كأن يقول الرجل للمرأة : زوجيني نفسك
فتقول زوجتك نفسي ، أو يكون الإيجاب بصيغة المضارع ، والقبول بصيغة
الماضي ، كأن يقول الرجل للمرأة : أتزوجك ، فتقول : تزوجتك أو قبلت ،
وما إلى ذلك فيعتقد الزواج بهذه الصيغ . وينعقد أيضا إذا كان كل من
الإيجاب والقبول جملة اسمية ، أو كان أحدهما كذلك ، مثل أن يقول الرجل
للرأة : أنا زوجك ، فتقوله : وأنا زوجتك ، أو يقول لها : أنا زوجك ،
فتقول : تزوجتك أو قبلت زواجك ، وإذا كانت إحدى العبارتين بصيغة
المضارع فإنه يلزم ألا يكون هناك احتمال أن قائل هذه الصيغة يريد بها عرض
رغبته في الزواج ليتعرف رغبة الجانب الآخر ، أو أنه يريد بها مجرد وعد
بالزواج ، أو الحصول على وعد من الجانب الآخر ، وانقضاء هذا الاحتمال
يمكن أن تدل عليه الظروف والقرائن ، وذلك كدعوة الناس إلى مجلس العقد
واجتماع الشهود ساعة لإجرائه ، وغير ذلك مما يدل على أن المقصود بصيغة
المضارع إنشاء العقد وتحقيق ركنه في الحال ، وليس مجرد عرض الرغبة
أو الوعد بالزواج أو التماس الوعد به ، والسرف في وجوب مراعاة هذه
الاعتبارات أن المقصود بالعقد هو إنشاء معنى في الحال لم يكن حاصلًا من
قبل ، وهذا الإنشاء لم توضع له في اللغة ألفاظ خاصة به فاستعملت فيه صيغة
الماضي التي تفيد تحقيق معناها وثبوته بالفعل ، فهي أقوى الصيغ وأقربها
إلى المقصود ، وهو إنشاء المعنى في الحال . أما صيغة المضارع فهي لا تفيد هذا
التحقق والثبوت في الحال ، ولكنها موضوعة للإخبار عن حصول الفعل

في الحال أو الاستقبال فهي بعيدة عن المعنى المقصود في العقود وهو الإنشاء
غير أنه إذا قامت قرائن تدل على أن المقصود بها إنشاء العقد، فإنها تفيد بذلك
معنى الإنشاء وتصلح للإيجاب . وكذلك القول في الإيجاب بصيغة الأمر ،
فإنها في أصل وضعها لطلب تحصيل فعل في المستقبل ، لكن يمكن أن تستعمل
في إنشاء عقد الزواج إذا لم يكن القصد منها تعزف رغبة الجانب الآخر
أو طلب وعد منه بالزواج وهو ما تشهد به القرائن .

ما يلزم اعتباره في الإيجاب والقبول من ناحية للمادة :

يلزم في العبارة التي ينقدها الزواج من حيث مادتها وجوهرها أن
تكون يفظ النكاح أو التزويج أو بلفظ غيرهما من كل ما يفيد تملك العين
في الحال كالمبة والتملك والجمل فالإلفاظ بهذا الاعتبار تنقسم قسمين :
الاول : ألفاظ صريحة موضوعة لمعنى الزواج وهي تشمل النكاح
والتزويج وما يشتق منها .

الثاني : ألفاظ مجازية تدل على المراد منها قرائن الأحوال وهي تشمل
المبة والصدقة والتملك والجمل : فإذا قالت المرأة للرجل وهبتك نفسي
أو تصدقت عليك بنفسي أو ملكتك نفسي أو جعلت نفسي لك فقال قبلت
فإنه ينقده بذلك الزواج فإن لم تكن هناك قرينة تفيد معنى التزويج بلفظ من
هذه الألفاظ المجازية لم ينقده به العقد وذلك مثل أن يقول سيد الأمة لرجل
وهبتك جاريتي فلاة فإن هذا اللفظ يحتمل أن المراد به التزويج كما يحتمل أن
المراد به هبة ذات الأمانة وتمليك رقيتها للرجل فلا ينقده الزواج لقيام
الاحتمالين وعدم ترجيح أحدهما على الآخر إلا أن يقول السيد أردت
تزويجها فبصدقة الرجل في ذلك فتكون هذه النية مرجحة معنى التزويج على
معنى التملك أما إذا وجدت قرينة ترجح معنى التزويج بأن كان المجلس ميا

للعقد فإنه يتعقد الزواج قبلك العبارة ولا يحتاج مع ذلك إلى التصريح بها يدل على نية الزواج . ولم يخالف أحد من العلماء في انعقاد الزواج بالألفاظ المكونة من مادة النكاح والتزويج أما غير ذلك من الألفاظ المجازية فقد خالف الشافعية في انعقاد الزواج بها وقالوا إنه لا يتعقد بها الزواج ولا يتعقد عندهم إلا بلفظ الزواج أو النكاح وما يشق منهما لكن الألفاظ الأخرى كنيات تحتاج في معرفة المراد منها إلى النية وهي أمر باطن لا يقف عليه الشهود فلا تصلح في العقد ، أما الحنفية فقالوا إن القران تنفى في معرفة المراد من الألفاظ غير الصريحة وقد ورد في الشرع استعمال اللمبة والتملك في الزواج فقد صح أن رسول صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إني وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن صداقها فقال ما عندي شيء فقال ملكتها بما ملكك من القرآن ، وورد لفظ اللمبة في القرآن في معنى التزويج وذلك قوله تعالى : . وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين ، هذا وألفاظ الكنيات ليست بمنزلة واحدة عند الحنفية بل هي على حسب أقوالهم أربعة أقسام .

١ — ألفاظ اتفقوا على القول بانعقاد الزواج بها وهي لفظ اللمبة والتملك والصدقة والجعل .

٢ — ألفاظ اتفقوا على عدم انعقاد الزواج بها وهي ألفاظ الإباحة والإحلال والإعارة .

٣ — ألفاظ اختلفوا في الانعقاد بها والصحيح القول بالانعقاد وهي ألفاظ البيع والشراء .

٤ - ألفاظ اختلفوا في الانعقاد بها والصحيح عدم الانعقاد مثل لفظ الإجارة والوصية .

هذا ويقتضى بما تقدم أن عقد الزواج يلزم أن يكون ببارات صريحة في معنى إنشاء الزواج أو بكتابات تدل الدلائل على أن المقصود بها هذا الإنشاء وعلى هذا فلا ينعقد الزواج بفعل كالتماطى على خلاف العقود الأخرى كالبيع فلو قالت امرأة بحضرة الشهود لرجل زوجتك نفسى بمائة جنيه فسلمها المائة فى المجلس ولم يأت بلفظ يفيد القبول لم ينعقد الزواج وذلك لما له من خطورة الشأن فيجب أن يسان أمره عن موطن الاحتمالات وكذلك إذا مد الرجل يده ليصافها بعد عبارة الإيجاب التى صدرت منها علامة على رضاه وسروره بما قالت فلا ينعقد الزواج بذلك ، وهذا بخلاف الإجارة بالفعل لعقد زواج عقده فضولى فإنها تكون إجارة صحيحة معتبرة لما كان من الفضولى فإذا قال رجل فضولى لامرأة زوجتك من فلان على مهر مائة جنيه وكان ذلك بحضرة شهود فقالت المرأة قبلت هذا الزواج فلما بلغ الزوج ذلك دفع المائة المهر للمرأة ولم يتلفظ بعبارة تفيد إجارة هذا العقد كان مجرد تسليم المهر كافياً فى معنى الإجارة ونفذ بذلك عقد الزواج وذلك لأن عقد الفضولى صحيح وقد استوفى أركانه بإيجاب منه وقبول من المرأة غير أنه موقوف على إجارة من عقد له هذا العقد وهذه الإجارة يكفى فى الدلالة عليها ما حصل من تسليم المهر لأنها ليست هى القبول المعتبر ركناً فى العقد .

الزواج بالكتابة والإشارة والرسالة :

إذا كان المتعاقدان حاضرين معاً فى مجلس واحد وكانا قادرين على التعبير عما يفيد إنشاء العقد بألفاظ فانه ينعين عليهما التعبير بالألفاظ فلا ينعقد بإشارتهما أو بإشارة أحدهما بما يفيد الإيجاب أو القبول وكذلك لا ينعقد

بالكتابة منها أو من أحدهما ولو كانت الكتابة بينة واضحة في المراد لقيام احتمال غير الإنشاء في كل من الإشارة والكتابة على كل حال ، أما إذا كان كل من المتعاقدين أو أحدهما غير قادر على التعبير بالألفاظ كالأخرس فإن كان لا يعرف الكتابة صح الإيجاب منه أو القبول بالإشارة الواضحة باتفاق الروايات وإن كان يعرف الكتابة ففي انعقاد العقد بإشارته روايتان إحداهما عدم الانعقاد بالإشارة لأنها بمنزلة الكتابة في الدلالة على المراد والثانية صحة الانعقاد بها فتقضى عن الكتابة ، والرواية الأولى أرجح ، فإن كان أحد المتعاقدين غير حاضر مع الآخر في مجلس واحد فإنه يمكن أن يتعاقدا معه بوساطة رسول أو كتاب وتقوم عبارة الرسول وما سطر في الكتاب مقام تلفظ العاقد الحاضر . والشهادة اللازمة لصحة عقد الزواج يلزم توافرها في مجلس القبول الذي يصدر من المرسل إليه أو المبعوث إليه بالكتاب فإذا أرسل الخاطب رسولا إلى امرأة يقول لها زوجيني ففسك أو تزوجتك فأحضرت شهودا وأعلنتهم بذلك أو أعلمهم به الرسول وقالت زوجته نفسى أو قبلت زواجه فقد انعقد العقد بالإيجاب الذي يحمله الرسول والقبول من المرسل إليها وصار الإيجاب كأنه حاصل من صاحبه في مجلس القبول وصح العقد بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس القبول وليس بلام أن يسمع الشهود عبارة الإيجاب من الموجب ذاته . وإذا أرسل الخاطب إلى المخطوبة بكتاب يذكر لها فيه عبارة الإيجاب على نحو ما قدمنا فأحضرت شهودا وقرأته عليهم أو أعلنتهم بما فيه ثم قبلت الزواج في المجلس فإنه يتم العقد بذلك ولا يلزم فيه أيضا أن يكون الموجب قد أشهد هؤلاء الشهود أو غيرهم على كتابه أو أعلمهم بما فيه بل يكفي لصحة العقد أن يشهد الشهود في مجلس القبول على هذا القبول وعلى ما جاء في الكتاب بعد قراءته عليهم أو إعلامهم بما فيه فإن

ذلك يقوم مقام حضور الموجب وتلفظه بالإيجاب في المجلس . وهذا هو الحكم الفقهي في موضوع إثبات الزواج أما العمل الآن في المحاكم فعلى خلافه في حالة إنكار الزواج وهو مانص عليه في المادة (٩٩) من لائحة المحاكم الشرعية التي قررت أنه (لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٩١٤ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أو غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها .

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ . ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة إلا بأمر منا . ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

وقد بين المشرع السبب الذي دعا إلى اشتراط ما ذكر في سماع دعوى الزوجية فقال في المذكرة الإيضاحية لللائحة ، ومن القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضائه عن سماع بعض النحوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود

تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة للحقوق من العبث والضياع ،
وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك وأقروا هذا المبدأ في أحكام
كثيرة واشتملت لانتحنا سنة ١٨٩٧ و سنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية على كثير
من مواد التخصيص وخاصة فيما يتعلق بدعوى الزوجية والطلاق والإقرار
بهما وألف الناس هذه القيود الواردة بهما وأطمأنوا إليها بعد أن تبين مالها
من عظيم الأثر في صيانة حقوق الأسر ، إلا أن الحوادث قد دلت على أن
عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة لا يزال في حاجة إلى الصيانة
والاحتياط في أمره فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ثم يحصد
أحدهما ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء ، وقد يدعى بعض ذوى
الأغراض الزوجية زورا وبهتانا أو ابتغاء غرض آخر اعتمادا على سهولة
إثباتها بالشهود خصوصا وأن الفقه يميز الشهادة بالتسامح في الزواج وقد
تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارا وما كان
لشيء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد بوثيقة رسمية كما في عقود الرهن
وحجج الأوقاف وهي أقل منه شأنا وهو أعظم منها خطرا . فحسب للناس على
ذلك وإظهارا لشرف هذا العقد وتقديسا له عن الجحود والإنكار ومنعا
لهذه المفاسد العديدة وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة زيدت
الفقرة الرابعة في المادة (٩٩) التي نصها (ولا تسمع عند الإنكار دعوى
الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث
الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ ، وبذلك أصبحت دعوى الزوجية
والإقرار بها لا تسمع عند الإنكار في الحوادث الواقعة من أول أغسطس
سنة ١٩٣١ بدون وثيقة رسمية في حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة .

و وثيقة الزواج الرسمية هي التي تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته
بإصدارها طبقا للمادة ١٣٢ كالمقاضي والمأذون في داخل القطر وكالقنصل في

خارجه . وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا في دعوى النسب بل هذه
باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى
الزوجة في المادة ١٠٢ من اللائحة القديمة ، وجاء في المذكرة الإيضاحية فيما يخص
بتحديد سن الزواج ما يأتي (كانت دعوى الزوجة لا تسع إذا كانت من
الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة وثماني عشرة سنة للزوج
سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد فرق تيسيرا
على الناس وصيانة للحقوق واحتراما لآثار الزوجية أن يقصر المنع من الساع
على حالة واحدة وهي ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل
من السن المحددة) .

انعقاد الزواج بعقد واحد :

يختص عقد الزواج من دون سائر العقود بمواز أن يتولاه عاقد واحد
هو ذو الصفة الشرعية في الجانبين ، وهو الأصل والولي والوكيل ، وذلك
يتمتع في الصور الآتية :

الأولى : أن يكون متولى العقد أصيلا يعقد لنفسه ووليا على الجانب
الآخر ، كأن يتزوج الرجل بنت عمه الصغيرة إلى هي في ولايته ، فيقول
بحضرة الشهود : تزوجت ابنة عمي فلاة ، أو يقول : زوجتها من نفسي .

الثانية : أن يكون أصيلا يعقد لنفسه ووكيلا عن عن الطرف الآخر ،
كما إذا وكلته امرأة أن يزوجه من نفسه فقال بحضرة الشهود : قد وكلني فلاة
بنت فلان أن أزوجه من نفسي فأشهدوا إني تزوجتها .

الثالثة : أن يكون وليا للجانبين ، كأن يزوج الجد الولي على أولاد أولاده
الصغار بنت ابنة لابن ابنة الآخر ، وكان يزوج الأب بنته الصغيرة لابن أخيه
الصغير الذي هو في ولايته .

الرابعة : أن يكون وكيلًا للجانيين ، كما إذا وُكِّلَ رجل أن يزوجه ووكيلته امرأة أن يزوجه ، فقال زوجت فلانة من فلان .

الخامسة : أن يكون ولياً من جانب ووكيلاً من الجانب الآخر ، كأن يوكله رجل أن يزوجه بنته الصغيرة فيزوجه إياها .

شروط عقد الزواج

الشروط التي تشترط في عقد الزواج أصناف أربعة :

شروط انعقاد . شروط صحة . شروط نفاذ . شروط لزوم :

شروط الانعقاد : هي التي تلزم مراعاتها في أركان العقد ذاتها ، أو في الأسس التي تقوم عليها هذه الأركان ، بحيث لو تخلف شيء منها صار وجود الأركان بمنزلة العلم ، ويعبر عن أثر هذا التخلف بالبطالان . فالعقد الباطل هو الذي أصابه الخلل في ركن من أركانه أو في أساس من أسس هذه الأركان وهذه الشروط تتعلق بالعاقدين والمعقود عليه والإيجاب والقبول اللذين هما ركنتا العقد .

ما يشترط في العاقدين : يشترط في كل من العاقدين عقد الزواج أمران :

الأول : أن يكون أهلاً لمباشرته ، وذلك بالعقل المميز ، فلا ينقصد الزواج بعبارة الصغير غير المميز والمجنون ومن يشبههما كالنائم والسكران ، فالمراد بالأهلية هنا الأهلية الأصلية ، وهي متحققة في الصبي المميز وإن كانت غير كاملة ، أما الأهلية الكاملة التي تكون بالبلوغ فليست شرطاً في انعقاد الزواج ولا في صحته .

الثاني : أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ويفهم المراد منه ، وليس

يلزم في هذا معرفة الأوضاع القنوية . ومعنى الألفاظ بالتفصيل ، إنما
الواجب معرفة المقصود بتلك الألفاظ ، وأن المراد منها إنشاء الزواج ، فإذا
كان الإيجاب بلغة والقبول بلغة أخرى ، وكان كلا المتعاقدين لا يعرف لغة
صاحبه ولا يفهم المعنى القنوي لعبارة ، ولكنه يعرف أن المقصود منها
إيجاب العقد أو قبوله كان ذلك كافياً في إنشاء الزواج . وهذا الشرط لا يلزم
إلا إذا كان العقد حضورياً وأجرى عبارات وألفاظ ، فإذا كان رسالة كناية
أو شفوية فإنه يكفي أحد المتعاقدين أن يعرف ما يريده صاحب الرسالة من
كتابه . على لسان رسوله . وكذلك إذا كان العقد حضورياً ولم يجر باللفاظ
بأن كان أحد المتعاقدين أخرس أو أصم أو كان كلاهما كذلك فإنه يكفي كلا
المتعاقدين معرفة غرض صاحبه من الكتابة أو الإشارة .

ما يشترط في العقود عليه : يشترط في العقود عليه عقد الزواج أن
يكون محلاً لإيراد ذلك العقد عليه ، وذلك يتحقق بأمرين :

الأول : أن تكون العقود عليها أئى محققة الأئوة ، فلا ينقء الزواج
بالأئى المشكل ، وهو الذى لا يئقين أمره فلا هو رجل حتى يلحق بالرجال
ولا أئى فيلحق بالإناث ، فلو أجرى عقد الزواج على أئى مشكل كان عقداً
باطلاً من أساسه .

الائى : ألا تكون العقود عليها عرمة على الرجل تحريماً قطعياً لاشبة
فيه ولا خلاف لأحد من العلماء ، وذلك مثل زواجه بأخته أو عمة أو خالته .
ما يشترط في العقد نفسه : يشترط في العقد ذاته شروط هى :

(١) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . (٢) موافقة الإيجاب للقبول .
(٣) عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل القبول . (٤) أن تكون
الصيغة صيغة تجيز ، فلا يكون فيها تعليق على شرط مستقبل ولا إضافة

إلى الزمن المستقبل : والمراد بالشرط الأول وهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ألا يوجد من العاقدین أو أحدهما ما يدل على الإعراض عنه والاشتغال بغيره حتى يصدر القبول ، لأنه إن وجد ذلك يمد منها للإيجاب فلا يصادف القبول محله ، ولا ترتبط العبارتان ، وليس المراد باتحاد مجلسهما الفور ، وأن يكون القبول أثر الإيجاب فوراً ، لأنه لو طال المجلس وتراخى القبول عن الإيجاب ، ولم يصدر بينهما ما يدل على الاشتغال والإعراض فجلسهما متحد ، وهذا إذا كان العقد بالمشافهة بين عاقدین حاضرين ، أما إذا كان العقد بين غائبين بطريق الكتابة أو الرسول فإن مجلس الإيجاب هو مجلس قراءة النائب لكتاب أمام الشهود أو إسماعهم رسالة الرسول . وقد شدد الفقهاء كثيراً في هذا الشرط وأوجبوا مراعاة الدقة في تطبيقه حتى قالوا إذا كان المتعاقدان جالسين فوقف أحدهما بعد الإيجاب ولم يبرح المجلس ، ثم صدر القبول من صاحبه كان ذلك الوقوف فاصلاً مانعاً من الانقضاء ، وقالوا أيضاً : إذا صدر الإيجاب والقبول من العاقدین وهما يشبان في الطريق أو كانا راكبين دابتين أو دابة واحدة فلا ينمقد العقد لاختلاف المجلس ، فإن السير يغير مجلس القبول عن الإيجاب ، واستثنوا من ذلك مسألة العقد في سفينة تسير في البحر ، فقالوا : إن سيرها لا يقطع اتصال القبول بالإيجاب ولا يمنع الارتباط من حيث إنه ليس في استطاعة المتعاقدين وقف السفينة في عرض البحر لإجراء العقد في مجلس واحد . والمرجع في موضوع اتحاد المجلس وتعددته هو ما يشهده به عرف الناس وأحوالهم وعاداتهم ، فما يعد في العادة فصلاً بين الإيجاب والقبول أو إعراضاً عن الإيجاب قبل تحقق القبول فإنه يمنع من الانقضاء . أما الشرط الثاني وهو موافقة القبول للإيجاب ، فالمراد منه أن يتلاقى القبول والإيجاب في المقصود ، فإن خالف القبول الإيجاب

فلا ينعقد العقد ، وذلك كأن يقول أو المخطوبة للخاطب : زوجتك بتي زينب ، فيقول الخاطب : قبلت زواج بنتك فاطمة ، وكأن يقول للمرأة للرجل : زوجتك نفسي بمائة جنيه ، فقال : قبلت زواجك بعشرين قطاراً من القطن فلا ينعقد العقد ، وكذلك لا ينعقد العقد إذا قالت المرأة للرجل : زوجتك نفسي بمائتي جنيه ، فقال لها : قبلت زواجك بمائة . أما إذا قالت زوجتك نفسي بمائة فقال قبلت زواجك بمائتين فإن العقد ينعقد . وكذلك إذا قال الرجل للمرأة تزوجتك على مائتي جنيه ، فقالت المرأة : قبلت زواجك بمائة فإن العقد ينعقد لأن هذا دليل تمام الاتفاق . أما الشرط الثالث ، وهو عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر ، فإن الرجوع عن الإيجاب يبطله ، فإذا ورد القبول بعد ذلك كان وارداً على غير شيء فلا ينعقد به العقد والإيجاب غير ملزم صاحبه إلا إذا استرحق ورد عليه القبول . والشرط الرابع أن تكون الصيغة صيغة تنجيز فلا يكون فيها تعليق الزواج على شرط مستقبل ولا إضافة إلى الزمان المستقبل فإذا علق الإيجاب على أمر في المستقبل وربط وجوده بهذا الأمر ثم جاء القبول من الطرف الآخر على ذلك كان العقد باطلاً سواء أكان المعلق عليه محقق الوجود في المستقبل أم كان وجوده في حيز الاحتمال . أما إذا جاء الإيجاب والقبول في صورة تعليق أمر تحقق وجوده في الزمن الماضي أو كان محقق الوجود في وقت العقد بالفعل فلا يبطل العقد .

شروط صحة الزواج :

يشرط لصحة عقد الزواج ثلاثة شروط هي :

١ — الشهادة عليه .

٢ — المحلية الفرعية .

٣ — أن تكون الصيغة صيغة تأييد : أما الشهادة على عقد الزواج فلكي يقع عقدا صحيحا شرعيا أما غيره من العقود والتصرفات فالشهادة فيه مندوبة في رأى أكثر العلماء فالأمر الوارد بالأشهاد على البيع في قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تباعتم » هو للتنبيه وكذلك الأمر الوارد بالأشهاد على المداينة وكتابتها في قوله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » والسرف في لزوم الشهادة على الزواج أن له شأنًا عظيمًا في نظر الإسلام وفي نظام الاجتماع لما يترتب عليه من المصالح الدينية أو الدنيوية فهو جدير أن يظهر شأنه ويذاع أمره وأن يشهده الناس تكريما له وإعلاء لمكانته ولأن في الشهادة عليه متعا للظنون والشبهات ودفعًا لقالات السوء عن الزوجين عندما يرى الرجل مقبلا مع المرأة في عشرة واحدة وبالشهادة على عقد الزواج تكون التفرقة بين الحلال والحرام فلا يستطيع أصحاب المقاصد الخبيثة أن يتسروا بادعاء الزواج عندما تثبت عليهم المعاشرة غير البريئة وبالشهادة عليه يؤمن ألا يجحده أحد الزوجين هذا وقد اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على أن الشهادة لازمة في ذات العقد عند إيجائه فلو أجرى العقد بدون شهادة كان فاسدا - والمالكية يشترطون الشهادة على العقد أيضا ولكنهم لا يشترطون أن تكون الشهادة حين إيجائه وإنما يجوز عديم أن تكون الشهادة عليه بعد العقد قبل الدخول فإن دخل الرجل بالمرأة من غير إشهاد على العقد كان عديم زنا . ويشترط في الشهود الذين يشهدون على عقد الزواج شروط هي :

- ١ — العقل فلا يصح العقد بحضور المجانين ومن في حكمهم لأن حضورهم العقد لا يحقق معنى الإعلان المطلوب في الزواج ولا يحصل به التكريم .
- ٢ — البلوغ فلا يصح العقد بحضور الصبيان ولو كانوا مميزين لأنه

لا يتحقق بحضورهم الإعلان ولا التكريم على الوجه الكامل الذى يكون بحضور الرجال البaltين .

٣ - الحرية فلا يصح العقد بشهادة الأرقاء سواء أكان رقمهم كاملاً أم كانوا مكاتبين أو مدبرين .

٤ - التعدد وأقل مراتبه رجلان أو رجل وامرأتان فلا يصح العقد بشهادة رجل واحد ولا بشهادة رجل وامرأة ولا بشهادة عدد من النساء مهما كثرن لأن المعبود فى الشريعة فى نصاب الشهادة ألا يكتفى فيه بأقل من رجلين أو رجل وامرأتين ولا يكتفى بشهادة النساء وحدهن إلا فى المواطن التى هى من الشئون الخاصة بالنساء .

٥ - الإسلام إذا كان كل من الزوجين مسلماً فلا يصح زواج المسلم بالمسلة إذ كان الشهود غير مسلمين . أما زواج غير المسلمين بعضهم ببعض فهو على ما يدينون فيه فهم يقرون على أمورهم فى ذلك وتصح عقودهم ولو بغير شهود أصلاً إذا كانت ديانتهم لا تشترط الشهود فى صحة الزواج . أما إذا تزوج المسلم بالكتابية فيشترط نصاب الشهادة لكن هل يشترط لإسلام الشهود ؟ ذهب الإمامان محمد وزفر إلى إشتراط إسلام الشهود أيضاً لأن الشهادة هى على العقد أى على الإيجاب والقبول فهى شهادة على الرجل والمرأة معاً والرجل مسلم ولا يجوز شهادة غير المسلم على المسلم وذهب الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف إلى جواز شهادة الكتائين على زواج المسلم بالكتابية لأن الشهادة عندهما على المرأة وهى كتابة .

٦ - سماع الشهود كلام المتعاقدين مع فهمهما المراد منه لأنه لا يتحقق معنى الشهادة على العقد ولا يتوافر له معنى التكريم والإعلان المطلوب إلا بذلك وعلى فلو سمع الشاهدان كلام أحد المتعاقدين فقط أو سمع شاهد أو شاهدان كلام أحد المتعاقدين وسمع شاهد آخر أو شاهدان آخران كلام

العائد الثاني لم يصح العقد وليس بلازم أن يفهم الشاهدان معاني الالفاظ التي يقولها العائدان حسب الاوضاع اللغوية وإنما يكفي أن يفهما أن المقصود بها عقد الزواج . ويترب على هذا الشرط أنه لو عقد العقد بحضرة شاهدين تأمين أو أصمين لا يسمعان شيئاً من ركني العقد أو كانا لا يفهما المراد عما يسمعهانه فلا تصلح شهادتهما ولا يصح بها العقد وكل هذا إنما يشترط في العقد الحضورى أما إذا كان العقد غايا فقد تقدم ما يشترط فيه .

٧ - أن يكون سماع الشهود كلام المتعاقدين في وقت واحد حال صدوره فلو سمع أحدهما الإيجاب والقبول ولم يسمعهما الآخر ثم أعيد العقد بشرطه في المجلس فسمعه هذا الثاني ولم يسمعه الأول لم يصح العقد بذلك . وروى عن الإمام أبى يوسف القول بأنه متى كان المجلس واحداً فإنه يصح العقد استحساناً .

هذا وليس من شروط صحة الشهادة على عقد الزواج أن يكون الشهود عدولاً فيصح العقد بحضور فاسقين أو محدودين في قذف سواء أتابا من جريمة القذف أم لا وذلك هو مذهب الحنفية . أما عند الشافعية والحنابلة فالعدالة شرط لصحة الشهادة على العقد ويكفى فيها ألا يكون الشهود معروفين بالفسق ويصح العقد بها سواء أكانت عدالته ظاهرة أم كان الشاهد مستور الحال . كذلك لا يشترط في صحة الشهادة في العقد أن يكون الشهود مبصرين بل يكفي معرفة الشهود للزوجين معرفة تحقق المطلوب من الإعلان والتكريم . ومعرفة الشهود للزوجين تتحقق بأن يعرفوا اسم كل منهما واسم أبيه وكذا بالإشارة إليهما إن كانا حاضرين بل قال الفقهاء إذا كان رجلان لأحدهما بنت واحدة وللآخر ابن واحد وكان ذلك معلوماً للشهود فقال الأول لثاني زوجت بتي لابنك وقال الثاني قبلت زواجها له كان ذلك

تعبيراً كافياً تصح معه الشهادة وإن كانا لم يذكرنا إسمي الزوجين وكذلك لا يشترط أن يكون الشهود ممن لا ترد شهادتهم للزوجين في القضاء وعلى هذا يصح الزواج بشهادة أبوي الزوجين وبشهادة ابني الزوج من امرأة أخرى وبشهادة ابني الزوجة من رجل آخر وبشهادة ابن للزوج وابن للزوجة وكذا بشهادة ابنيهما جميعاً وكذلك لا يشترط أن يكون الشهود ممن تقبل شهادتهم على الزوجين في القضاء فإنه يصح العقد بشهادة عدو للزوجين أو لأحدهما . وإذا وقعت خصومة بين الزوجين كأن جحد أحدهما الزوجية وترافعا إلى القاضي قبلت شهادة ابن كل منهما عليه لاله فإذا كان الشاهدان ابنيهما جميعاً فلا تقبل شهادتهما لتحقيق التهمة .

الشرط الثاني : من شروط صحة الزواج أن تكون المرأة محلاً للعقد عليها بالمعنى الخاص ويسميه بعض الفقهاء بالمحلية الفرعية وهي غير المحلية الأصلية التي اشترطت في انعقاد الزواج فإذا لم تتحقق المحلية الفرعية كان العقد فاسداً وذلك بأن تكون المرأة محرمة على الرجل بدليل ظني أو كان تحرماً مما يخفى أو يشبه أمره أو كان مما يخالف فيه بعض العلماء وذلك كنزوح الأمة على الحرة وتزوج المعتدة من طلاق بائن وتزوج أخت المطلقة التي لا تزال في العدة وكالجمع بين اثنتين إحداها محرم للأخرى فالزواج في هذه الحالات فاسد لانعدام المحلية الخاصة .

الشرط الثالث : أن تكون صيغة الإيجاب والقبول صيغة تأييد بالألا يكون فيها توقيت للزواج فمدة سواء أكانت معينة أم غير معينة طويلة أم قصيرة فإذا وقت الزواج بمدة كان فاسداً لأنه لا يقصد به حيثئذ ما يقصد بالزواج الشرعي من المعاشرة الدائمة والتناسل والقرار لثرية الولد وإتمام يقصد لحاجات وقته ينتهي بانتهائها وذلك مثل أن يقول الرجل لإمرأة

تزوجتك شهرا أو سنة أو يقول الذريـب في بلد لإمرأة تزوجتك مدة مقايـ
في هذا البلد . وعند الإمام زفر أن النكاح المؤقت بوقت عقد شرط فيه
شرط فاسد وحكمه أن يبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا إذا كان مستوفيا
شرائط الصحة لأن النكاح كما هو مقر لا يفسد بالشرط الفاسد ويكون
ذلك مثل عند الرجل على امرأة مع اشتراط أن يطلقها بعد شهر أو بعد سنة
إذ الصورتان في المعنى سواء وما دام أممـه المذهب الحنفى يقولون في الصورة
الثانية إن العقد صحيح ويبطل الشرط فينبى أن يكون الحكم كذلك في
الصورة الأولى وقرى جمهور أممـه المذهب بين الصورتين فقالوا إن التوقيت
في الصورة الأولى وقع جزما من الإيجاب والقبول فيفسدهما لكنه في الصورة
الثانية مصاحب للإيجاب والقبول ومقارن لها وليس جزما منهما فيلتوا الشرط
الفاسد ويبقى الإيجاب والقبول وقد رجح بعض فقهاء المذهب قول زفر . هذا
هو الحكم في النكاح المؤقت .

نكاح المنعة : يعرفه الفقهاء بأنه الذى يكون بلفظ من مادة التمتع والمنعة
والاستمتاع وليس فيه شهادة على العقد وذلك مثل أن يقول الرجل لامرأة
أعطيك عشرين جنيا مثلا لا تمتع بك مدة شهر أو سنة فهو يخالف النكاح
المؤقت فى أن النكاح المؤقت يكون بلفظ النكاح وبحضور شهود والفقهاء
يجمعون على بطلان نكاح المنعة وعدم انعقاده متى كان بلفظ من مادة التمتع
وذهب فريق من الشيعة إلى القول بصحته مستندين إلى أنه كان مباحا فى
صدر الإسلام فقد أباحه النبي صلى الله عليه وسلم فى بعض غزواته للحاجـ
إليه وكان يقول بجواره بعد ذلك عبد الله بن عباس وبعض الصحابة فيبقى
على الأباحة فى مثل حالات الضرورة التى كان مباحا فيها ويستدلون أيضا
على جوازه بقوله تعالى : فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ،

إذ قد أوجبت على الرجل إعطاء أجر للمرأة في مقابلة الاستمتاع بها والأجر غير المهر والاستمتاع غير الزواج المعروف فكان ذلك تقريراً لجواز المتعة ولكن هذه الآية لا تصلح دليلاً لأن المتعة لم تبج أول الأمر إلا للضرورة القاهرة في بعض الغزوات ثم نهى النبي صلى الله عليه وسلم ونسخها بقوله صلى الله عليه وسلم في خطبه له بعد فتح مكة (يا أيها الناس إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سيئه ولا تأخذوا بما آتيتوهن شيئاً، وأكد هذا النهي في حجة الوداع فقد روى أحمد وأبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة . وقد قال بعض الفقهاء إن ابن عباس كان يقول بجمل نكاح المتعة حتى خلافة عبيد الله بن الزبير ثم رجع عن ذلك فقد روى الترمذي عنه قوله : إنما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت الآية : إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ، قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام . ومعنى هذا أن ابن عباس قد استقر له الرأي أخيراً أن الحكم في المتعة هو على ما رواه عنه الترمذي : أما قوله تعالى : « فاستمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » فريضة ، فهي في الزواج الشرعي والزوجات الشرعيات بدليل الآيات قبلها والآيات بعدها : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فاستمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ، » والأجور في الآية المراد منها المهور وقد عبر القرآن الكريم في غير هذه الآية عن المهور بالأجور ، فانكحوهن يا ذن أهلهن وآتوهن أجورهن ، » وقوله تعالى في سورة المائدة : « والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتوهن أجورهن ، » وقوله تعالى في سورة الأحزاب : « يا أيها النبي إنا أحللنا

لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن . والمراد بالاستمتاع التمتع الكامل بالدخول بالزوجة الشرعية وليس المراد اللذة التي حرمها الإسلام .

شروط النفاذ : هي التي تشترط لنفاذ عقد الزواج وعدم توقيفه على إجازة أحد بعد انعقاده وصحته وهي اثنان :

١ - أن يكون كل من العاقدین كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية فإن كان واحد منهما ناقص الأهلية بأن كان معتوها ميمراً أو صغيراً ميمراً أو عبداً فإن عقده الذي يعقده بنفسه إذا استوفى شروط الإنعقاد والصحة يتعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي أو المالك فإن أجازته فقد وإن لم يجزه بطل والمراد من الولي ولي النفس لا ولي المال فلو جرد أصل الأهلية في العاقد بوجود التمييز كان العقد منعقداً ولنقصها بسبب العتة أو الصغر أو الرق كان موقوفاً ليتسنى للولي عليهم أن يندارك منع الضرر عنهم .

٢ - أن يكون كل من العاقدین ذا صفة تخول له أن يتولى العقد وتحمل له الحق في مباشرته بأن يكون أحد الزوجين أو وكيله عنه أو ولياً عليه فلو كان أحد العاقدین فضولياً باشر العقد لا بوكالة عن أحد الزوجين ولا بولاية عنهما أو كان وكبلاً ولكن خالف فيما وكّل فيه أو كان ولياً ولكن يوجد ولي أقرب منه مقدم عليه كان عقد أي واحد من هؤلاء . إذا استوفى شروط الإنعقاد والصحة منعقداً صحيحاً موقوفاً على إجازة صاحب الشأن : وإذا تولى العقد اثنان وكان أحدهما أو كلاهما فضولياً كان العقد موقوفاً بالإتفاق . أما إذا تولاه واحد هو فضولي من الجانبين أو من جانب واحد كان العقد موقوفاً أيضاً عند أبي يوسف وغير منعقد عند الإمام أبي حنيفة والإمام محمد لعدم اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، ومنشأ الخلاف هو هل عبارة هذا الواحد عقد تام أو شطر عقد .

شروط الزوم : المراد بها الشروط التي تلزم لها العقد واستمراره من غير أن يكون لأحد حق الاعتراض عليه وهي تختلف باختلاف الأحوال والأحوال .

الحالة الأولى : إذا تولت المرأة كاملة الأهلية زواجها بنفسها أو بتوكيل منها فيشترط في لزوم هذا العقد أن يكون زوجها كفئا لها فيما هو معتبر في الكفاءة شرعا فإذا تحققت هذه الكفاءة لزم العقد وأولياءها وهم عصبتها وليس لهم حق الاعتراض على العقد . أما إذا تزوجت من غير كفه فلا يلزمهم العقد ولهم رفع الأمر إلى القاضي لفسخه ولا يعتبر هذا العقد طلاقا بل هو رفع للعقد من أساسه فإذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد الفسخ شيء من الآثار فلا يجب فيه مهر ولا يثبت ميراث إذا مات أحد الزوجين أما قبل القضاء بفسخه فإنه يترتب عليه جميع الآثار لأنه عقد صحيح نافذ فإن حصل دخول أو خلوة صحيحة وجب جميع المهر المسمى وثبت به حق التوارث ووجبت العدة على المرأة بعد العزم وثبت نسب الولد من الرجل وحق الأولياء في الاعتراض من الزواج بنير كفه يثبت لهم ما لم تلد المرأة أو يظهر عليها الحمل فإن سكتوا حتى وضعت أو ظهر حملها لم يكن لهم حق الاعتراض بحافظة على الولد ، وإذا لم يكن للمرأة التي تزوجت بنير كفه أحد من الأولياء العصبية وقع عقد لها لازما من أول الأمر وفي رواية عن أبي حنيفة أن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفه لم يقع صحيحا من أول الأمر حتى أنها لو كانت مطلقة ثلاثا وتزوجت بنير كفه ودخل بها لم تحل بذلك للزوج الأول .

الحالة الثانية : إذا زوجت المرأة كاملة الأهلية نفسها اشترط في لزوم العقد أن يكون بمهر أمثاله فإن تزوجت بمهر ينقص نقصانا حشا عن مهر

المثل لم يلزم هذا العقد الأولياء ولهم رفع الأمر إلى القاضي ليكمل لها مهر المثل أو يفسخ العقد ويكون ذلك رفعاً للعقد من أساسه . أما نقصان البسير فيغتفر .

الحالة الثالثة : إذا كان الز. جان صغيرين مميزين أو غير مميزين فيشترط لزوم هذا العقد أن يتولاه الأب أو وكيله أو الجد لأب أو وكيله فهذا العقد يلزم الصغير . الصغيرة إذا بلغا وليس لهما حق خيار البلوغ ولو كان الزواج بغير كف . أو بأقل من مهر المثل لأن الشأن في الأب والجد ألا يتساعلا في الكفافة والمهر إلا لغيره هو أسمى من ذلك عندهما وذلك لكما لشفقتهما بالصغير والصغيرة وتحريمها في التخير لهما : هذا إذا كان الأب والجد غير معروفين بفساد الرأي فإن كانا معروفين بذلك فإن تزويجهما الصغير أو الصغيرة بغير كف . وبأقل من مهر المثل لا يقع صحيحاً : فإن لم يكن الصغير ولا للصغيرة أب ولا جد وزوجها ولي غيرهما وكان ذلك من كف . ومهر المثل كان العقد غير لازم لهما فلهما خيار البلوغ فإذا بلغا وعلما بالعقد فرضيا به لزمهما وإن لم يرضيا به رفعاً الأمر للقاضي ليفسخه وقال أبو يوسف إن تزويج غير الأب والجد للصغير والصغيرة لازم كتزويج الأب والجد .

الحالة الرابعة : إذا كان الز. جان أو أحدهما مجنوناً أو معتوما ملحقاً به فشرط لزوم العقد عليهما أن يكون الزوج هو الأب أو الجد أما إذا كان غيرهما فلا يكون العقد لازماً لهما بل لهما الخيار عند الإفاقة .

الحالة الخامسة : تزويج السيد أمة وشروط لزوم هذا العقد بقاؤها مملوكة فإن عتقت كان لها الخيار إن شامت بقيت على الزوجية وإن شامت فسخت العقد ولا يتوقف فسخ هذا العقد على قضاء القاضي ، أما إذا كان المملوك

رجلا فزوجه السيد ثم عتق فليس له حق الفسخ بل العقد لازم له من أول الأمر وسر التفرقة بينه وبين المملوكة في أن لها الخيار بعد العتق دونه أن الرجل إذا لحقه ضرر فيستطيع التخلص منه بالتطليق ولا كذلك المملوكة .

أحكام الزواج

يطلق الفقهاء الحكم على ثلاثة أنواع :

الأول : صفة الشيء الشرعية من جهة كونه مطلوب الفعل أو الترك ، وذلك يشمل الفرضية والوجوب والسنية والحرمة والكراهة ، فيقولون مثلا : الزواج في حالة تيقن الوقوع في الفاحشة بعدمه حكمه الفرضية ، ويسمى الحكم في هذا النوع : حكما تكليفيا ، نسبة إلى التكليف من الشارع بالفعل أو الترك :

الثاني : الوصف الشرعي الذي يوصف به العقد من حيث اعتداد الشارع به وترتب آثاره عليه وعدم ذلك بسبب استيفاء العقد لأركانه وشروطه الشرعية وعدم استيفائه ، والحكم يسمى بهذا الاصطلاح : حكما وضعيا ، نسبة إلى وضع الشارع أركان الشيء وشروطه وجعلها مفيدة للآثار المترتبة عليه ، فيتناول الحكم بهذا المعنى الصحة والنفاذ والزوج والوقف والفساد والبطالان ، فيقال : حكم هذا الزواج أنه صحيح نافذ لازم ، أو صحيح نافذ غير لازم ، وهكذا .

الثالث : الأمر المترتب على العقد شرما ، وهذا المعنى هو المراد من الحكم هنا ، فيقال : حكم الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، وحكم البيع نقل ملكية البيع إلى المشتري وملكية الثمن إلى البائع : وأحكام الزواج وآثاره تترتب على تحقيق صفة من صفات النوع الثاني التي هي الصحة والنفاذ

والبطلان ، ما إليها ، فالآثار تختلف باختلاف تلك الصفات ، فآثار الصحيح غير آثار الفاسد ، وآثار النافذ غير آثار الموقوف على حسب ما يأتي .

حكم الزواج التام :

وهو الذى استوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه ولزومه ما يأتي :

- ١ - أنه يحل به ما كان ممنوعاً من الاستمتاع بين الزوجين .
- ٢ - يجب به المهر المسمى للزوجة على زوجها . وهذا المهر واجب كله بالعقد ، غير أن نصفه متقرر بالمقد من أول الأمر ، والنصف الآخر يتقرر ويتأكد بالدخول وما فى حكمه من الخطوة الصحيحة وبموت أحد الزوجين .
- ٣ - تجب به النفقة للزوجة على زوجها ، وهى الطعام والكسوة والسكنى وتختلف بحسب حال الأزواج .

- ٤ - ثبت به حرمة المصاهرة وهى حرمة أصول الزوج وفروعه على الزوجة ، وحرمة أصول الزوجة وفروعها على الزوج على حسب ما سأتى .
- ٥ - ثبت به حق التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما حال قيام الزوجية أو ما فى حكمها .

- ٦ - ثبت به نسب الأولاد من الزوج ، إذ يتحقق بالمقد المستوفى لشرائطه الفراش الشرعى الصحيح ، فكل ولد يأتي على هذا الفراش ينسب إلى أبيه صاحب الفراش ، إلا أن ينفيه بطريق الملائعة .

- ٧ - يجب به على كل من الزوجين إحسان عشرة الزوجية ومراعاة العدالة فيها ، فعلى الزوجة طاعة زوجها ، وإصلاح أولادها ، والعناية ببيتها .

أحكام الزواج النافذ :

هى بعينها أحكام الزواج اللازم ، ولا فرق بينهما إلا من جهة أن الزواج

اللازم لا يملك أحد حق فسخه أو الاعتراض عليه ، أما النافذ غير اللازم فقد يثبت فيه هذا الحق ، وذلك في حالات سبق بيانها .

حكم الزواج الموقوف :

الزواج الموقوف وهو الذى يباشره من ليست له ولاية شرعية بتنفيذها عقده ، وتترتب بها الآثار عليه حكمه هو ما قاله ابن عابدين : . وحكم الدخول فى الزواج الموقوف كالدخل فى الفاسد فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل ، وذلك لأمر الزواج الموقوف استوفى شرائط انعقاد وصحته ، فإدام موقوفاً ، أى ما دام لم يحجزه الولي ولم يطله تترتب على الدخول الحقيقى فيه الآثار الأربعة التى تترتب على الدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد ، فإذا زوج المعتوه مثلاً نفسه وقبل أن يرد وليه هذا الزواج أو يحجزه دخل بزوجه تترتب على هذا الدخول إيجاب العدة على الزوجة بعد التاركة . ووجوب المهر على الزوج . وثبوت النسب . وحرمة المصاهرة . أما بعد أن يرد وليه هذا الزواج فإنه يكون فاسداً .

حكم الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد هو الذى قد شرطاً من شروط الصحة ، وذلك كالعقد بغير شهود ، وكزوج الأمة على الحر ، وحكمه أنه لا يحل فيه الدخول بالمرأة ولا يترتب على العقد ذاته شيء من آثار الزوجية ، فإن دخل للرجل بالمرأة بناء على هذا العقد الفاسد كان معصية ووجب تقريرهما والتفريق بينهما ، ويترتب على الدخول ما أتى :

١ - حره حد الزنى عنهما لوجود الشبهة .

٢ - وجوب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل ، خلافاً لغيره فإنه قال يجب فيه مهر المثل بالناس ما بلغ فساد التسمية بفساد العقد .

٣ - ثبوت حرمة المصاهرة :

٤ - وجوب العدة على المرأة وابتدائها من وقت مناركة الزوجين أحدهما
للآخر إن تفرقا باختيارهما ، ومن وقت تفريق القاضي بينهما إن لم يتفرقا
اختيارا ، وتمتد المرأة عدة طلاق حتى في حالة وفاة الرجل ، لأن عدة الوفاة
لا تكون إلا في الزواج الصحيح .

٥ - ثبت فيه نسب الولد من الرجل إذا حصل حمل من ذلك الدخول :
ولا يثبت فيه غير ذلك من الأحكام ، فلا يثبت فيه توارث بين الرجل
والمرأة ، ولا تجب فيه نفقة لها عليه ، ولا تجب عليها طاعة ، وكل هذه
الأحكام إنما تثبت في حالة الدخول الحقيقي - أما في حالة الخلوة ولو كانت
صحيفة فلا يترتب شيء من هذه الأحكام - ومن هذا يتبين أن أحكام الزواج
الفاقد هي أحكام الزواج الموقوف .

حكم الزواج الباطل : الزواج الباطل هو الذي فقد شرطا من شروط
الإنعقاد التي تقدم ذكرها وحكمه أنه لا يترتب عليه شيء من الآثار التي
ترتب على العقد الصحيح فلا يحمل به دخول ولا غيره ولا تجب فيه نفقة
ولا طاعة ولا يثبت به توارث ولا مصاهرة ولا يقع فيه طلاق لأن الطلاق
فزع وجود زواج صحيح ويندرج تحت العقد الباطل ما يأتي :

١ - زواج عديم الأهلية إذا باشر العقد بنفسه كالمجنون والمعتوه
الملاحق به .

٢ - عقد الرجل على امرأة محرمة عليه تحرما قطعيا لا خلافا فيه
لاحد من العلماء وليس بما يشبه الأمر فيه على عامة الناس من حيث أن العلم
به يكاد يكون من الضروريات وذلك كالعقد على الأم أو البنت أو الأخت .

٣ — عقد غير المسلم على المسلمة لاتعدام هذه المحلّة . وإذا حصل دخول في هذا الزواج فلا تأثير له على العقد فلا يرفع البطلان ويجب التفريق بين الرجل والمرأة جبراً إن لم ينفقا اختياراً . وإذا كانا عاقلين بالغين عالين بالتحريم فإنه يجب عليهما حد الزنى ولا تستحق المرأة مهراً ولا تجب عليها عدة بعد التفريق ولا يثبت نسب الولد الذى يولد من هذا الدخول كما لا يثبت شيء من بقية أحكام الزواج عند أبى يوسف ومحمد . أما الإمام أبو حنيفة فيقول إن ذلك العقد الباطل له صورة العقود . وهذه الصورة تورث شبهة تكفى للردء الحد فإن الحدود لا تدرأ بالشبهات ومضى سقط الحد وجب مهر المثل بالنكاح ما بلغ . وهذا بناء على أن زواج المحارم باطل عنده وهناك نقل عنه بأن نكاح المحارم قاسد فتترتب عليه أحكام النكاح الفاسد التى تقدم ذكرها .

المحرمات من النساء

تقدم أن من شروط صحة الزواج أن تكون العقود عليها غير محرمة على من يريد الزوج بها أى سبب من أسباب التحريم ، وأسباب التحريم إما مؤبدة وإما مؤقتة ويبنى على ذلك أن المحرمات قسمان : قسم يحرم الزوج به حرمة مؤبدة لاتزول في حال من الأحوال لأن سبب التحريم فيه ثابت ملازم وقسم يحرم الزوج به حرمة مؤقتة تبقى مادام سببها قائماً فإذا زال انتهت الحرمة .
والقسم الأول أصناف ثلاثة :

الصف الأول : المحرمات بسبب النسب والمراد به هنا القرابة ويعبر عن صاحبها بذى الرحم المحرم .

الصف الثانى : المحرمات بسبب المصاهرة وهى التى تترتب على علاقة الزوجية وما يلحق بها .

الصف الثالث : المحرمات بسبب الرضاع .

فالمحرمات لسبب النسب طوائف أربع :

١ — الأصول ومن أم الإنسان وجداته من قبل أبيه أو أمه
مها علون .

٢ — الفروع ومن بناته وبنات أولاده وإن نزلن .

٣ — فروع أبويه ومن إخوانه مطلقا شقيقات وغير شقيقات وبنات
إخوته وإخوانه كذلك وبنات أولاد الإخوة والأخوات وهكذا مها
نزلن .

٤ — فروع أجداده بمرتبة واحدة ومن العمت والخالات لاغير
سواء أكن عمت وخالات للشخص نفسه أم كن عمت وخالات لأبيه
أو أمه أم لأحد أجداده وجداته : أما مادون العمت والخالات من المراتب
فلسن من المحرمات .

والمحرمات بالمصاهرة أربع طوائف .

١ — أم الزوجة وجدتها وأم جدتها وإن علون سواء أكان هناك
دخول بالزوجة أم لم يكن .

٢ — الريبة وهي بنت الزوجة تحرم هي وبناتها وبنات أولادها وإن
نزلن إذا حصل دخول بالزوجة فإن لم يحصل دخول فلا تحرم الريبة
ولا أحد من فروعها على ذلك الزوج .

٣ — زوجة الأب أو الجد مطلقا وإن علا فإنها حرام على الابن وابنه
وإن نزل سواء أكان هناك دخول أم لا .

٤ — زوجة الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا فإنها حرام على الأب

والجد وإن علامتى كانت البتة صلية وليست بطريق التبني إذ أن زوجة المتبنى لا تحرم على من تبناه إذا فارقت أو مات عنها فإن الإسلام قد همم تبني الجاهلية وألغى أحكامه . هذا ويلحق بالزوجة المعقود عليها عقدا صحيحا في الحكم بحرمة المصاهرة على الوجه المتقدم ثلاث طوائف أخرى من النساء .

الأولى : المملوكة بملك الميمن إذا خالطها سيدها فإنه ثبت بذلك حرمة المصاهرة فتحرم عليه أمها وجداتها وإن علون كما يحرم عليه بناتها وبنات أولادها وإن نزلن وكذلك تحرم المملوكة نفسها على أصول سيدها مهما علوا وعلى فروعها مهما نزلوا .

الثانية : المعقود عليها عقدا فاسدا إذا حصل فيه دخول إذ أن الدخول في العقد الفاسد تترتب عليه بعض أحكام الزوجية الصحيحة ومنها حرمة المصاهرة فيحرم على المرأة أصول الرجل وفروعه كما يحرم عليه أصولها وفروعها .

الثالثة : المدخول بها في شبهة كامرأة زفت إلى الزوج وليست هي المعقود عليها فإنه بهذا الدخول تثبت حرمة المصاهرة . أما المخالطة بطريق الزنى الصريح فقد أثبت بها الحنفية حرمة المصاهرة بجميع وجوهها بل قالوا إن مجرد لمس المرأة يشبهه ويجب حرمة المصاهرة وخالفهم غيرهم من الفقهاء فلم يثبتوا بالزنى واللس حرمة المصاهرة .

المحرمات بسبب الرضاع : يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالنسب والمصاهرة إلا في مسائل قليلة وعلى هذا تكون المحرمات بسبب الرضاع ثمانى طوائف .

الأولى : الأم من الرضاغة والجدة كذلك مهما علون

الثانية : البنت من الرضاغة وبنات الأولاد كذلك .

الثالثة : فروع الأبوين ومن الأخوات من الرضاغة وبنات الأخوة وبنات الأخوات كذلك مهما نزلن .

الرابعة : فروع الأجداد والجدهات بمرتبة واحدة ومن العمات والحالات من الرضاغة وعمات الأبوين والأجداد والجدهات كذلك مهما علون بخلاف بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والحالات من الرضاغة .

الخامسة : أم الزوجة وجداتها من الرضاغة مهما علون سواء أكان هناك دخول بالزوجة أم لم يكن .

السادسة : بنت الزوجة من الرضاغة وبنات أولادها كذلك مهما نزلن إذا كانت الزوجة مدخولا بها فإن لم يكن دخول بها فلا تحرم فروعها من الرضاع على الزوج كما هو الحال في النسب .

السابعة : زوجة الأب من الرضاع وزوجه الجد مهما علا كذلك سواء أكان دخول بالزوجة أم لم يكن .

الثامنة : زوجة الإبن من الرضاع وزوجة ابن الإبن وابن البنت كذلك مهما نزلوا سواء أكان دخول بالزوجة أم لم يكن . وتحريم الطوائف السابقة ثابت بأدلة من الكتاب أو السنة أو إجماع الفقهاء الذي لا بد أن يكون مستقدا إلى دليل . فقد جله تحريم أصول الإنسان وفروعه وفروع أبويه وفروع أجداده من النسب في قوله تعالى : حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ، . فكلمة الأمهات في الآية تناول الجدات لانه فإن الأم في اللغة تطلق على الأصل ومن ذلك قوله تعالى : هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات من

أم الكتاب وأخر متشابهات ، فقد جعلت الآيات المحكمات أما للكتاب أى أصلاً وأساساً يرجع إليه في تأويل المتشابهات وبيان المراد منها . وكلمة البنت قد تطلق . لئنه على الفرع متناول في الآية بنات الأولاد مهما زلن : وأيضا فإن الآية تدل على تحريم الجدات ومن فوقهن وتحريم فروع البنات والأبناء دلالة وبطريق الأولوية فإنه قد نص فيها صراحة على تحريم العمات والحالات ومن أبعاد من الجدات ونص أيضا على تحريم بنات الأخ وبنات الأخت ومن أبعاد من بنات الابن وبنات البنت : كما دل الإجماع على تحريم الجدات ومن فوقهن وعلى تحريم فروع الأبناء والبنات وعلى تحريم عمات الأصول وغالاتهم مهما علون وتحريم فروع الأخوة والأخوات مهما زلن وجه التحريم بالرضاعة في قوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » ، فقد دلت الآية على تحريم أصول الشخص وفروع أبويه .

أما الطائفتان الأخريان وهما فروعهم وأجدادهم ، فقد دل على تحريمهما الإجماع وقوله صلى الله عليه وسلم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) ودل بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء » ، وقوله تعالى « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » ، فقد دلت الآية على أنه يحرم على الرجل أن يتزوج بمن كانت زوجة لأبيه وذلك يشمل زوجة الجد وأبي الجد مهما علا لأن اسم الأب يطلق في اللغة على الجد كما يطلق على الأب المباشر وقد دل الإجماع أيضا على حرمة زوجات الأجداد مهما علوا .

أما الآية الثانية فقد أفادت ثلاثة أمور :

١ — حرمة أصول الزوجة على الزوج .

٢ - حرمة فروعها عليه .

٣ - حرمة زوجات الفروع .

غير أنها أطلقت الحكم بالنسبة لحرمة الزوج بأم الزوجة فلم تقيد بها بالنحول بهذه الزوجة فسيبقى الحكم في ذلك على إطلاقه ويكون حراماً على الرجل أن يتزوج بأم زوجته مطلقاً دخل بها أو لم يدخل وليس الحال كذلك في تحريم فروع الزوجة فإنه مقيد في الآية صراحة بغير النحول بالزوجة وعلى ذلك فلا يحرم على الرجل أن يتزوج بنت امرأته أو بنت فرع من فروعها إذا كان قد فارق امرأته قبل النحول بها .

ووصف الربائب بكونهن في الحجور ليس شرطاً في التحريم ، فإن الريبة حرام على زوج أمها سواء أكانت في حجره ورعايته أم كانت بعيدة عنه تربى في رعاية شخص آخر ، وهذا هو صريح الآية : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وقد جاء هذا الوصف على ما هو الشأن والغالب في أن الريبة تكون في حجر زوج الأم ، وقد أفاد قوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، حرمة الزوج بزوجة الابن بعد أن يفارقها أو يموت عنها ، وقد قيد هذا التحريم بقيد أن يكون الأبناء صليين ، وهو قيد معتبر لإفادة أن زوجة المتبن لا تحرم على من تنبأه ، وزوجة الابن من الرضاة حرام على الأب كزوجة الابن من النسب باتفاق جمهور الفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة استناداً إلى الحديث المشهور : « يحرم من الرضاة ما يحرم من النسب » .

المحرمات مؤقتاً :

ومن المحرمات تحريماً مؤقتاً يبقى ما بقي سببه ، فإذا زال السبب زال التحريم وهو يشمل ما يأتي :

١ — المرأة الفرجة فلا يحل لأحد أن يعقد عليها ما دامت متزوجة لتعلق حق الغير بها سواء أكان زوجها مسلماً أم غير مسلم ودليل التحريم قوله تعالى : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكح » فإن المراد بالمحصنات هنا المتزوجات وقد استفتت الآية المملوكات بملك الممين وهن المسييات في الحرب وقد كن متزوجات إذا وقع السبي عليهن وحدثهن من غير الأزواج فالمرأة ذات الزوج في دار الحرب إذا سبيت وحدها فقد وقعت الفرجة بينها وبين زوجها بسبب اختلاف الدار فيحل الزوج بها .

٢ — المعتدة فلا يحل لغير من فارقها أن يعقد عليها ما دامت في العدة لتعلق حق الغير بها ويستوى في ذلك أن تكون العدة عدة وفاة أو عدة طلاق أو عدة فرقة بعد الدخول بناء على نكاح فاسد أو بشبهة لكن يجوز لمن فارق المرأة أن يتزوجها وهي معتدة منه .

٣ — المرأة الحامل إذا كان حملها ثابت النسب من الغير كالحامل من سيدها فلا يحل لأحد أن يعقد عليها مراعاة لحرمة نسب الولد فأما إذا كان الحمل غير ثابت النسب كالحمل من الزنى فلا يحرم معه العقد على الحامل لكن يحرم الدخول بها حتى تضع الحمل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وزفر إنه لا يحل معه العقد على هذه الحامل أيضاً لإلحاقها بالحامل بثابت النسب والعقد عليها لا يفيد شيئاً ما دام لا يحل معه الدخول .

٤ — المطلقة ثلاثاً بالنظر إلى مطلقها : فلا يحل لهذا المطلق أن يعقد عليها حتى تتزوج بعد انقضاء عدتها منه بزواج آخر زواجا صحيحاً شرعاً ويدخل الزوج الثاني دخولاً حقيقياً ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقض عدتها منه .

٥ — المرأة التي ليس لها دين سماوى : فلا يحل للسلم الزوج بالمرأة

ملحمة تنكر الأديان ولا تعترف بالوهمية . كذلك لا يحل له التزوج بمشركة
تعبد مع الله غيره من الإنسان والحيوان والجماد لقوله تعالى : « ولا تنكحوا
المشركات حتى يؤمن . ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم » . ويلحق
بالمشركة المرتدة عن دين الإسلام فإنها بارتدادها تعتبر غير ذات دين ولو كان
خروجها من الإسلام إلى اليهودية أو النصرانية فإنها لا تفر على هذا الخروج
على نجس حتى تكون منها توبة أو تموت . أما إذا كانت المرأة كناية ذات
دين سماوى كاليهودية والمسيحية تعبد الله وحده على ما جاء به ذلك الدين
السماوى فإنه يحل للسلم أن يتزوج بها لقوله تعالى : « أحل لكم الطيبات
وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من
الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » ، والمراد بالمحصنات العفيفات .

٦ - الأخت على أختها وكل امرأة تضم إلى زوجة أخرى محرم لها
فيحرم على المتزوج بامرأة أن يتزوج بأختها سواء أكانت شقيقة لها أم كانت
أختها من أبيها أو من أمها لما في ذلك من قطيعة الرحم بسبب ما يكون
بين الضرتين من الغيرة الموجبة للبغض والحقد وقد نهى عنه صريحاً في الآية
الكريمة . وأن تجمعوا بين الأختين . . ويحرم بالطريق الأولى أن يجمع بين
امرأة وبنتها . قد فهم العلماء من علة تحريم الجمع بين الأختين أنه يحرم الجمع
بين المرأة وعمتها وبين المرأة وأختها بل قالوا إن هذا الجمع أخش من الجمع بين
الأختين هذا إلى أنه قد وردت السنة صريحة بالنهي عن الجمع بين البنت وعمتها
أو أختها بقوله صلى الله عليه وسلم (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على أختها
ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها) ومع هذا قال بعض العلماء إنه لا يحرم
الجمع بين المرأة وعمتها أو أختها من حيث إن القرآن لم يصرح إلا بتحريم
الجمع بين الأختين لكن هذا قول ضعيف . والمرأتان اللتان يحرم الجمع بينهما

هما اللتان لو فرض أن كلا منهما رجل لا يحل له الزواج بالأخرى كالبنت وعمتها أو خالتها فلا بد لحمة الجمع بين المرأتين أن يكون تحريم الزواج بينهما ثابتاً في حالتي اقتراض الذكورة في الجانبين جميعاً ، أما إذا لم تثبت حرمة الزواج إلا على اقتراض الذكورة في جانب واحد فلا يحرم الجمع بين المرأتين وذلك كالمرأة وبنت زوج كان لها من قبل فإذا كانت هذه المرأة خالة الأزواج جاز أن يجمع في الزواج بينها وبنت زوجها الأول فإن المرأة لو فرضت رجلاً فإنه يجوز له الزواج بتلك البنت وإن كانت البنت لو فرضت رجلاً لم يحل له أن يتزوج بتلك المرأة لأنها زوجة أبيه . وعالف في هذا الإمام زفر فقال بحرمة الجمع بين المرأة وبنت زوجها إذ يكفي عنده في حرمة الجمع بين المرأتين ثبوت حرمة الزواج فيما بينهما على فرض الذكورة من جانب واحد . وكما يحرم الجمع بين الأخنتين وبين كل محرمين يحرم أيضاً أن يتزوج بالأخت أو بالمحرم إذا كان قد طلق امرأته ولا تزال في العدة لأن للعدة حكم الزواج القائم من بعض الوجوه كوجوب النفقة على المطلق وثبوت نسب الولد منه إن كان هناك حل سواء أكانت العدة من طلاق رجعي أم كانت من بائن بينونة كبرى أم صغرى وقال الشافعية لآمانع من زواج أخت المطلقة أو محرمها في عدة هذه المطلقة إذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى أو كبرى .

حكم زواج الأخنتين ومن يلحق بهما :

الجمع بين الأخنتين محرم إجماعاً على ما سبق بيانه فلو أقدم رجل على الجمع بين المحرمين وتزوج الأخنتين مثلاً فأما أن يتزوجها بمقد واحد أو بعقدين فإن تزوجها بعقد واحد وليس بواحدة منها مانع فسد عقده عليهما وتجري على هذا العقد أحكام الزواج الفاسد فيجب الاقتراق على المتعاقدين وإلا فرق

بينها القضاء وإذا حصل التفريق قبل الدخول فلا مهر لواحدة منها ولا يترتب على مجرد هذا العقد أثر وإن حصل بعد الدخول فللدخول بها مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسمى ويترتب على الدخول بها سائر الآثار التي تترتب على الدخول بعد الزواج الفاسد . أما إذا كان بإحداها مانع شرعي بأن كانت زوجه غيره أو معتدة مثلاً والآخرى ليس بها مانع فإن العقد بالنسبة للخاله من المانع صحيح وبالنسبة للآخرى فاسد تجرى عليه أحكامه وإن تزوجها بعقدين متعاقبين واستوفى كل واحد من العقدين أركانه وشروطه وعلم أسبقها فهو الصحيح واللاحق فاسد وإن استوفى أحدهما فقط شروط صحه فهو الصحيح سواء أكان السابق أم اللاحق . وإن لم يعلم أسبقها أو علم ونسى كان يوكل رجلين بتزويجه فيزوجانه من اثنتين يقين أنها أختان ولا يعلم أسبق العقدين أو علم ونسى فالعقدان غير صحيحين لعدم الرجح وتجرى عليهما أحكام الزواج الفاسد .

٧ — الزوجة الملائنة : وهي التي قدفها زوجها بالفجور أو تقي نسبة ولدها إليه فترافعا إلى القاضي وتلاعنا أمامه فحلف كل منهما بالإيمان الواردة في سورة النور في موضوع اللعان ثم فرق القاضي بينهما فهذه المرأة تصير حراماً على زوجها حتى يكذب نفسه ويقرر براءتها بما نسب إليها .

٨ — الجمع بين أكثر من أربع زوجات : فلا يحل لمن له أربع زوجات أن يتزوج بخامسة وكذلك إذا طلق إحدى زوجاته وكانت لا تزال في العدة فلا يحل له التزوج بخامسة حتى تنقضي عدة المطلقة ولو كان طلاقها باتناً لما تقدم من أن العدة حكم الزواج القائم من بعض الوجوه فإذا كان قد طلق زوجاته الأربع فلا يحل له التزوج بامرأة أخرى حتى تنقضي عدة إحداهن لأن أقصى ما يحل للرجل أن يجمع من النساء بعقد الزواج هو أربع نسوة

لقله تعالى : ه وإن ختم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن ختم ألا تعدلوا فواحدة ، فوقفت الآية بالحل عند عدد الأربع ولما ورد في السنة أن غيلان الثقفي أسلم وتحتة عشرين سنة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً . والحكمة في تعدد الزوجات أمور منها .

١ — أن الرجل قد لا تحض نفسه واحدة فصوناً له من الزنا واتخاذ الخليلات أباح الله له التزوج بأكثر من واحدة ولم يبح للمرأة أكثر من زوج لتلا تضيق الأولاد باختلاط الأنساب .

٢ — أن عدد النساء في الغالب يزيد على عدد الرجال في أكثر الأمم فإذا لم يبح للرجل إلا واحدة بقي عدد من النساء بلا عائل يقوم بشؤونهن ومن غير زوج يحض نفوسهن مما قد يمرضهن للسقوط .

٣ — إن الفرض الأول من الزواج هو التوالد والتناسل وذلك يكون أكثر تحققاً بتعدد الزوجات .

٤ — قد يجد الرجل زوجته عقيم ولا يرضى أن يفارقها لعقمها ولا يرضى أن يعيش محروماً من نعمة الولد فأباح الله أن يترج معها أخرى للتخلص من هذا الحرج . وبما يعترض إباحة التعدد أنه قد يؤدي إلى بعض الفساد لأن العداوة بين الضرائر لا تنقطع ولها أسبابها في تفكك الروابط بين أفراد الأسرة ولأن أولاد الرجل الواحد من أمهات شتى ينشئون متعادين متباغضين .

لكن الشارع الحكيم رأى أن مضار إباحة التعدد أخف من مضار خطره فأتى أشد الضررين وأباح التعدد بشرط العدل بين الزوجات فيما هو

مستطاع للرجل وهو العدل ينهن في المعاملة ومراعاة ما يجب لكل منهن من الحقوق على سواء من غير ميل إلى إحداهن ومضارة ماسواها . أما العدل غير المستطاع وهو العدل في الميول القلبية والمحبة الباطنية فهو شيء ليس في مقدور الإنسان ولا يصح أن تربط به الأحكام وهو ما عنته الآية : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » ، فالرجل يحل له أن يتزوج أكثر من واحدة إذا لم يخف عدم العدل بينهن العدل المستطاع له فإذا عاف عدم العدل بين أكثر من زوجة واحدة يكون الواجب الاقتصار على واحدة فالعدل في قوله تعالى : « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » هو العدل المستطاع والعدل في قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » هو العدل غير المستطاع . وهذا المعنى هو ما بينه الرسول صلوات الله عليه بقوله وفعله في إحسان معاملته لنسائه والتسوية بينهن فيما يستطيعه ويملكه من مظاهر العدل وفي تعذيره من الأسامة والجور والميل الظالم في معاملة الأزواج فقد روى أبو هريرة عنه صلى الله عليه وسلم (من له امرأتان يميل لأحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يمر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً) .

والمراد بالميل هنا هو الميل في المعاملة وعدم التسوية بين الزوجتين في الحقوق والواجبات . وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : (اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك) يريد عليه الصلاة والسلام بالميل الذي طلب عدم الموازنة عليه الميل الباطني والمحبة القلبية .

الولاية في الزواج

الولاية في اصطلاح الفقهاء هي قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في

شئون غيره جبراً عليه وهذا هو معنى الولاية المطلقة سواء أكانت ولاية على النفس أم على المال وسواء أكانت ولاية خاصة كولاية الأب أو الوصي على الصغير وولاية القيم على المعتوة والمجنون أم كانت ولاية عامة كولاية الإمام والسلطان والقاضى .

والموضوع هنا هو الولاية على النفس فى الزواج سواء أكانت خاصة أم كانت لصاحب سلطه عامه وأنواعها أربعة :

١ - ولاية الملك . ٢ - ولاية الولاء . ٣ - ولاية الإمام ومن ينوب عنه . ٤ - ولاية القرابة .

فالنوع الأول : هو الولاية التى تثبت للسيد على مملوكه فله أن يزوج عبده أو أمته ، ويختار لهما جبراً عنهما وسينها ملكه إياهما وشرط ثبوتها للسيد أن يكون عاقلاً بالغاً .

والنوع الثانى : هو ولاية الولاء وسبب ثبوتها هذا الولاء وهو قسبان ولأه عتاقه وولاء موالاته . أما ولأه العتاقه فهو الحق الشرعى الذى يثبت للمعتق على عتيقه فإذا كان هذا العتيق صغيراً أو كان كبيراً مجنوناً أو معتوماً فلعتيقه ولو كان أثنى ولاية تزويجه . وشرط ذلك أن يكون المعتق عاقلاً بالغاً وألا يكون للمعتق عقبه من جهة النسب فإن كان له عقبه من جهة النسب كالإبن والأخ والمعتق فلمهم وحدهم ولاية تزويجه دون المعتق . أما ولأه الموالاته فهو الحق الذى يثبت لشخص أثر العقد يعقده مع آخر على أن ينصره ويذود عنه وأن يقوم عنه إذا جنى ويرثه إذا مات فإنه بهذا العقد تثبت له ولاية تزويجه . وشرط هذه الولاية أن يكون الولي عاقلاً بالغاً حراً وألا يكون للولي عليه عقبه نسبية .

النوع الثالث : ولاية الإمام العام ومن ينوب عنه كالسلطان والقاضي
فكل منهم له ولاية تزويج عديم الأهلية أو ناقصها بشرط ألا يكون له ولي
من سبق ذكرهم فإن السلطان ولي من لا ولي له . وله أيضا تزويج الحرة البالغة
العاقلة إذا وجدت زوجا كفتا ومنعها أرباؤها من التزوج به ، فالولاية في
الأصل على هذه المرأة هي ولاية نذب واستحباب فإنها تملك تزويج نفسها
لكن إذا عضلها أو لياؤها وجب على القاضي أن يرضع عنها هذا الظلم وأن
يزوجها من من الكفء الذي ترضاه .

النوع الرابع : ولاية القرابة ، وهي تثبت لصاحبها بسبب قرابتها من
المولى عليه ، ويمكن في ثبوتها عند الإمام أبي حنيفة مطلق القرابة ، فكل
قريب من المولى عليه يمكن أن يكون وليا في تزويجه ، سواء أكانت قرابته
قريبة كالآب والجد والابن ، أم كانت بعيدة كابن الخال وابن العم ، أم كانت
أبعد من ذلك غير أنه يقدم الأقرب فن بعده ، فبعد القرابة من المولى عليه
لا تثبت ولايته عليه بالفعل ولا يملك تزويجه مادام هناك ولي أقرب يمكن
الرجوع إليه ، ويترتب على تفاوت درجات القرابة أثر آخر هو لزوم العقد
وعدم لزومه للمولى عليه ، فإنه إذا تولى الآب أو الجدة زواج الصغير أو الصغيرة
كان العقد لازما لهما ولا خيار لهما في فسخ الزواج بالبلوغ ، أما إذا لم يكن
للصغير أو الصغيرة أب ولا جد وتولى عقد زواجهما قريب آخر ، فالعقد
حيثنذ غير لازم لهما ، ولهما الخيار إذا بلغا ، وكذلك الحكم إذا زوج الكبيرة
المجنونة أو المعتومة غير أبيها وجدتها وابنها فإنه لما الخيار بإفاتها .

ويشترط في ثبوت ولاية القرابة أربعة شروط في المولى هي :

٢ - البلوغ .

٣ - الحرية .

٤ - أن يكون أهلاً للإرث منه إذا فرض موته ، وعلى ذلك فلا ولاية لمجنون ولا معتوه ولا صبي على غيره ، كذلك لا ولاية للعبد لأنه ليست له ولاية على نفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره . ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، ولا لمسلم على غير مسلم ، ولا لمرتد على أحد مطلقاً ، إذ لا إرث في هذه الأحوال لاختلاف الدين . والولاية كالإرث كلاهما مستند إلى القرابة .

هذا ولا يشترط الخفية في الولى العدالة ، فالفاسق يصح أن يكون ولياً في تزويج موليه لأن له ولاية كاملة على نفسه ، فلا مانع أن يتولى أمر غيره ، ولأن عماد هذه الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة ، وفسق الفاسق لا يمنع شفقته بآبائه ، ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه ، غير أنه إذا كان فاسقاً فسقاً يجمعه لا يبلى بفتح ما يصنع ، فإن تزويجه بغيره مثلاً لا ينفذ إلا إذا توافقت المصلحة في هذا الزواج بأن يكون بكف وبهر المتل ، ويكون حكمه في ذلك حكم الأب المعروف بسوء الرأي والاختيار ، وهو عدل فإنه لا تسلب ولايته على بته الصغيرة بسبب سوء الرأي والاختيار ، ولكن عقده لها مشروط بالمصلحة . لكن الشافعية والحنابلة اشترطوا عدالة الولى ، مستدلين بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لا نكاح إلا بولي مرشد » ، لأن للمرشد المراد منه الرشيد ، والفاسق ليس برشيد ، فلا تكون له ولاية على غيره ، وقال الحنفية : إن هذا الحديث ضعيف مضطرب الإسناد اضطراباً شديداً فلا يصح الاستدلال به . هل أن هذا الاضطراب واقع في رواية ليس فيها كلمة مرشد ، وعلى فرض ثبوتها فإنه ليس معنى المرشد الرشيد ،

ولأنما المرشد هو الذى يرشد غيره ويختار له ما فيه مصلحته ، وهذا المعنى يتحقق فى الغاسق .

هذا . والولاية تتنوع بالنسبة إلى المولى عليه نوعين : ولاية حتم وإيجاب وولاية نذب واستحباب .

ولاية الإيجاب وولاية الاختيار

تنوع الولاية بالنظر إلى حالة المولى عليه نفسه نوعين :

الأول : ولاية حتم وإيجاب .

الثانى : ولاية نذب واستحباب ، وتسمى ولاية الاختيار ، فولاية الإيجاب هى التى تثبت لصاحبها جبرا على المولى عليه ، وينفذ بها تزويجه إياه من غير توقف على رضاه واختياره ، وذلك كالولاية على الصغير والمجنون ، وولاية النذب والاختيار هى التى تخول صاحبها النظر فى شئون المولى عليه بناء على اختياره ورغبته فلا يملك الولي تزويجه من غير رضاه ، وذلك كولاية تزويج الحرة البالغة العاقلة ، فإنها تملك تزويج نفسها ، لكنه يستحب أن تكل أمر العقد عليها إلى وليها لما فى ذلك من المحاسن التى ينبغى أن تراعى حفظا للبراءة من مظاهر التبذل .

هذا . وتقسيم الولاية على نحو ما سبق هو طريقة الإمام أبى حنيفة وزفر وأبى يوسف فى بعض الرويات عنه . أما الإمام الشافعى ومحمد فى المشهور عنه وأبو يوسف فى رواية أخرى فيقولون إن الولاية تنوع نوعين أيضا : النوع الأول : هو ولاية الاستبداد .

والنوع الثانى : هو ولاية الشراكة .

فولاية الاستبداد هى التى يملك بها الولي التفرد بتزويج المولى عليه من غير

أن يشركه معه في رأى كولاية تزويج الصغير والمجنون ، وهى نفسها ولاية الإيجاب ، ولا خلاف إلا فى الاسم .

أما ولاية الشراكة فهى الحق الذى يملكه الولى فى تزويج المولى عليه مع إشراكه معه فى رأى والاختيار . وذلك كولاية تزويج الشيب الكبيرة العاقله ، فإن أمر زواجها شركة بينها وبين وليها ، فرأى كل منهما لا بد منه ، ولا يملك أحدهما الانفراد .

غير أن الإمام الشافعى يقول : إنه مع هذه الشراكة فى رأى والاختيار يجب أن يكون الولى هو الذى يباشر العقد على المولى عليها ، ولا يصح أن تباشر العقد بنفسها ، لأن عقد الزواج لا يصح عنده بعبارة المرأة مطلقا ، سواء أكانت تعقده لنفسها أم كانت تعقده لغيرها بالنيابة عنه . لكن الحنفية الذين يوافقون الإمام الشافعى فى ولاية الشراكة فإنهم يقولون لا مانع أن تباشر المرأة عقد زواجها بنفسها بعد تحقق رضا وليها وعبارتها صحيحة إلا أنه يحسن أن تكل إلى الولى لإجراء العقد صوتا لها عن التبذل .

وقد اختلف الحنفية والشافعية فى تثبيت عليهم ولاية الإيجاب الاستبداد ، فقال الحنفية : إنهم الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة ، ولا رأى لهم مع الولى فى زواجهم ، ولا عجرة بالبكارة والثبوت فى هذا ، فالبكر والتيب سواء عندهم متى كانتا صغيرتين أو مجنونتين ، أما البالغ العاقل والبالغة العاقله بكرة كانت أو ثيبا فلا تثبت على أحد منهم ولاية الإيجاب ، ومذهب الشافعية أن شرط ولاية الاستبداد هو الصغر فى الفلام والبكارة فى الآثى ، سواء أكانت صغيرة أم كبيرة والمجنون بالنظر إلى المجنون والمجنونة الكبيرين أما التيب فلا تثبت عليها ولاية الاستبداد مطلقا فإن كانت صغيرة فلا سبيل

إلى زواجها فلا يملك أحد تزويجها لا الأب ولا غيره فيبقى من غير زواج حتى تترك ليكون زواجها برأيها وتكون ولايتها حينئذ ولاية شركة .

ومن هنا يتبين أن الحنفية والشافعية متفقون على أن ولاية الأجير ثابتة على الغلام الصغير والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة والصغيرة البكر وعلى أن الثيب الكبيرة لا تثبت عليها ولاية الأجير إلا أن الشافعي ومن وافقه من الحنفية يقولون إن الولاية عليها ولاية شركة والإمام أبو حنيفة يقول إن الولاية عليها ولاية نذب واستجاب . ويختلف الحنفية والشافعية في البكر البالغة وفي الثيب الصغيرة فيقول الحنفية إن البكر البالغة ليس عليها ولاية إيجاب بخلاف الثيب الصغيرة فإن عليها ولاية الأجير لسبب الصغر . ويقول الشافعية إن البكر البالغة عليها ولاية الإيجاب لسبب البكارة والثيب الصغيرة ليس عليها ولاية .

الأولياء الذين لهم ولاية الإيجاب

اختلف الأئمة فيما تكون له ولاية الإيجاب في الزواج فذهب الإمام مالك وابن حنبل إلى أن ولاية التزويج للأب أو وصية لا غير . وذهب الشافعية إلى أن هذه الولاية للأب والجدة . وذهب الحنفية إلى أن ولاية الإيجاب تكون للأب والجدة وغيرهما من الأقارب ولغير الأقارب غير أنهم اختلفوا في المدى الذي تقف عنده ولاية القرابة فقال الإمام محمد إنها تكون للعصبة بالنفس من الأقرباء وهم الذكور الذين لا تكون قرابتهم للولى عليه بواسطة الأثني وحدها وذلك كالأب والإبن والأخ الشقيق أو لأب فإن لم يكن أحد منهم كانت الولاية للعصبة السببية وهو السيد الذي أعتق عبده أو أمته فإذا لم تكن كانت الولاية للسلطان أو القاضي ولا ولاية عنده لأحد من الأقرباء غير العصبات بالنفس ولاية الإيجاب . وقال الإمامان أبو حنيفة

وأبو يوسف إن ولاية الإجماع كما تكون العصب من الأقرباء تكون لنهر العصب منهم غير أن غير العصب مؤخرون في الترتيب عن العصب : على هذا يكون ترتيب العصب هكذا .

١ — العصب النفسي

٢ — العصب السبيعي

٣ — الإجماع غير العصب .

٤ — مولى الموالاة .

٥ — السلطان والقاضى .

فالمرتبة الأولى وهى العصب النفسي يقدم منها الأقربى فى العصب فالذى يليه فيقدم الأبناء ثم أبنائهم وإن نزلوا ثم الآباء ثم الأجداد وإن علوا ثم الإخوة الأشقاء ثم لأب ثم أبنائهم كذلك ثم الإخوة الأشقاء ثم لأب ثم أبنائهم كذلك فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء كانت الولاية لأهل الصف الذى بعده فالمنجوة التى لها ابن وأب ولايتها لإبنا خلافاً للإمام محمد الذى قال إن ولايتها لأبيها لأنه أوفر شفقة وأهل كل صف مرتبون فيما بينهم على حسب قرب درجاتهم من المولى عليه فالابن مقدم على ابن الإبن والأخ مقدم على ابن الأخ وإن استروا فى الدرجة قدم أقروهما قرابة فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب فإن استروا فى القوة بأن كانوا جميعاً أشقاء أو لأب كانت الولاية الفعلية لهم جميعاً فإذا تولى المقدم فإنه يقع جميعاً نانذا وليس لأحد من الباقين حق الاعتراض . فإذا لم يكن للمولى عليه عقبه نسيه انحلت الولاية للعصب السبيعي .

غية الولي وعضله :

الأولياء على ما سبق مرتبون في استحقاق الولاية حسب جهاتهم ودرجتهم وقوة قرابتهم فليس للبعد منهم ولاية مع وجود القريب المستوفى شروط الولاية . فإذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفاءة استطلاع رأيه فإن الولاية تنتقل إلى من يليه حتى لا تموت المصلحة وليس للغائب بعد عودته أن يعترض على ما باشره من يليه لأنه لغيبته اعتبر كالمعدوم وصارت الولاية حتى من يليه . أما إذا امتنع الأقرب من تزويج المولى عليه بغير عنبر مقبول والزواج كفه والمهر مهر المثل فإنه في هذه الحالة يعد عاضلا ولا تنتقل الولاية إلى من يليه بل تنتقل إلى القاضي لأن المضل ظلم وولاية رفع المظالم إلى القاضي فإذا كان امتناعه لأن الزوج غير كفه أو المهر أقل من مهر المثل أو لوجود خاطب كفه آخر يفضل الثاني بجزا فلا يعد في هذه الحال عاضلا ولا تنتقل الولاية عنه .

الكفاءة في الزواج

الكفاءة في اللغة المساواة والمماثلة ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : **المسلمون متكافأ دماؤهم** ، وفي اصطلاح الفقهاء مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة بحيث لا تغير الزوجة ولا أولياؤها بزوجها . وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة بين الزوجين وعدم اعتبارها فذهب بعضهم ومنهم أبو الحسن الكرخي وأبو بكر الرازي (الجصاص) من الحنفية إلى عدم اعتبار الكفاءة أصلا في الزواج مستندين إلى قوله تعالى : **إن أكرمكم عند الله أتقاكم** ، وقوله صلى الله عليه وسلم : **الناس سواسية كأسنان المشط** . لا فضل لمربي على عجمي إلا بالتقوى ، وإلى أن الكفاءة لو كان لها اعتبار في

الزواج في نظر الشرع لكان يجب اعتبارها بالأولى في أبواب الجنايات التي يلزم الاحتياط فيها أكثر مما يلزم في غيرها . وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكفأة شرط في الزواج لأنه يعقد للعمر لأغراض ومقاصد من العشرة والآلفة وتأسيس القربات ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين المتكاثنين فإذا لم تتوفر الكفأة بين الزوجين في عقد الزواج كان بعيداً عن تحقيق المقاصد المطلوبة منه لأن وجود فوارق كبيرة بين الزوجين لا يحقق التوافق والترابط والانسجام بينهما فتكون النتيجة انقصاص عرى الزوجية . أما ما استدل به من ذهب إلى عدم اشتراط الكفأة فلا دليل فيه لأن المراد منه أحكام الآخرة لا أحكام الدنيا - أما أحكام الدنيا فالتناسخ غير متساوين فيها إذ لا تأتي المساواة بين العالم والجاهل ولا بين أصحاب الحرف الشريفة وأرباب المهن الوضيعة وهكذا .

وقد خص الفقهاء أموراً ستة اعتبروا أن الكفأة تحقق بتحقيق المساواة فيها وأن عدم المساواة فيها أو في أحدها مفوت للكفأة . قد جمعها بعضهم في قوله :

نسب وإسلام كذلك حرة حرية وديانة مال فقط
وقد بين الفقهاء معنى الكفأة في هذه الأمور فقالوا إن معنى الكفأة .
- في النسب أن الزوجة إذا كانت نسيه أي معروفاتها نسب متصل بأهل معلوم لا يكون كفاً لها إلا نسيب مثلها متصل بنسب بأهل معلوم :
وشرف العلم فوق شرف النسب فالعالم غير النسيب كفاء لآية نسيبه مهما شرف نسبها .

وهذا التكافؤ في النسب خاص بما إذا كان الزوجان من العرب لأنهم هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها من مفاخرهم وأسباب مدحهم وضمهم .

فالعريّة وهي التي يعرف اتصال نسبها بقبيلة من قبائل العرب لا يكون كفاً لها غير العربي وهو من لا يعرف اتصال نسبه بقبيلة من القبائل ، وليس العرب كلهم متكاثرين ، فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، فالقرشية لا يكافئها إلا قرشي ، وسائر العرب بعضهم أكفاء لبعض ، فالعريّة من غير قريش يكافئها أي عربي وإن اختلفت القبائل ، فالقرشي كفء لكل عريّة ، وغير القرشي كفء لغير القرشية منهم . وأما غير العرب فلم يحفظوا أنسابهم ، ولم يعتدوه من مفاخرهم ، فلا يعتبر بين الزوجين منهم التكافؤ في النسب . وفي هذا نظر ، فإنه إذا كان من غير العرب طبقات من الأشراف ذوي البيوتات العريقة يفخرون بأصلهم ويميزون إذا تزوجت واحدة منهم زوجاً غير أصل ، فلم لا يكون حكمهم حكم العرب ، والعلة واحدة والعرف له اعتبار ؟

٢ — والكفاة في الإسلام يقصد منها أن الزوجة المسئلة التي لها أب وأجداد مسلمون لا يكافئها المسلم الذي ليس له في الإسلام أب ولا جد . ومن لها أب واحد في الإسلام يكافئها من له أب واحد فيه ومن له أب وجد في الإسلام فهو كفء لمن لها أب وأجداد لأن تعريف المرء يتم بأبيه وجدّه فلا يلتفت إلى ما زاد . وهذا التكافؤ في إسلام الأصول إنما يعتبر في غير العرب . أما العرب فلا يعتبر فيهم . فالعربي المسلم الذي ليس له أب في الإسلام كفء للعريّة المسئلة التي لها أب وأجداد مسلمون لأن العرب اكتفوا في التفاخر بأنسابهم ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم . أما غيرهم فيتفاخرون به .

٣ — والتكافؤ في الحرمة معناه أن بنت صاحب الحرمة الشريفة لا يكون كفتا لها صاحب الحرمة الدنيّة . والمعتبر في شرف الحرمة ودنائها هو العرف وإذا تعارضت الحرف فلا عبرة بالتفاوت فيها والتكافؤ في الحرف معتبر في كل من يحترف من العرب أو غيرهم .

٤ — والتكافؤ في الحرية يراد منه أن الزوجة الحرة لا يكون الرقيق كفءا لها وإذا كانت حرة الأصل لا يكون المعتق كفءا لها ومن لها أب وجد في الحرية لا يكافئها من له أب فقط ومن لها أب وأجداد في الحرية يكافئها من له أب وجد فقط كاقيل في إسلام الأصول والحكمة في هذا أن الرق منقصة والأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء . ولما كان العرب لا يسترقون لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتل فإن التكافؤ في الحرية معتبر في غيرهم فقط لأنه لا رق فيهم .

٥ — والتكافؤ في الديانة يراد منه أن الزوجة التي من بنات الأتقياء ذوى الاستقامة لا يكون كفءا لها الفاسق لأنهم لتقوam واستقامتهم يرون مصاهرة الفاسق عارا لهم فلا يكون الفاسق كفءا لصالحة بنت صالح وإنما يكون كفءا لفاسقة بنت فاسق أو بنت صالح وهذا رأى الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال الإمام محمد إنه لا عبرة بالديانة والصلاح في الكفاءة لأن الصلاح من أمور الآخرة التي بين البدوينة والكفاءة من الأحكام الدنيوية التي سرجها علاقة الناس بعضهم ببعض في الدنيا وكم من فاسق له بين الناس منزلة واعتبار ولا يعير أى تقى بمصاهرته . لكن إذا وصل الفسق بالفاسق إلى أن صار سخرية بين الناس فلا يكون كفءا لأن ذلك هو العار .

٦ — والكفاءة في المال لا يقصد بها أن يكون الزوجان متساويين في الثنى ودرجة الثنار بل المراد أن يكون الزوج قادرا على مقدم صداقها والإتيان عليها شهرا فإذا كان كذلك كان كفءا لأي امرأة ولو كان مالها ومال أبيها أضعاف ماله . أما إذا كان غير ذلك فهو ليس كفءا ماليا وهذا قول أبي يوسف وعليه الفتوى . وقال أبو حنيفة ومحمد إن الكفاءة في المال

تتحقق بعدم التفاوت بين الزوجين في الغنى واليسار فالمرأة الموسرة لا يكافئها إلا من يقاربها في ذلك لأن الناس يتفاخرون بغنى الصهر ويتعبدون بفقره .

والوقت الذي تعتبر فيه الكفأة هو وقت إنشاء العقد فلا يضر زوال الكفأة بعد ذلك لأنها شرط ابتداء لبقاء إذ لو اشترط استمرار الكفأة في المستقبل لأدى ذلك إلى عدم استقرار الحياة الزوجية بين الناس فلو كان الزوج وقت العقد صاحب حرفة شريفة ثم اتخذ حرفة خسيسة أو كان ذا دين وصلاح واستقامة ثم أصبح فاسقا لا يجوز للزوجة ولا لأولياتها طلب فسخ العقد بدعوى عدم كفأة الزوج لأن الزوجة في هذه الحالة لا يلحقها العار باستمرار الزوجية وبقائها في عرف الناس وعادتهم بل تكون محل تقديرهم وإعجابهم لوفائها وحفاظتها على المعاشرة .

لمن يثبت حق الكفأة :

الكفأة حق للزوجة ولوليها فرضا أحدهما بتفويت حقه لا يفوت على الآخر حقه وليس في الكفأة حق للشرع بحيث لو رضيت الزوجة ووليها بزواج غير كفه لما .

فلا اعتراض على هذه الزوجية وإنما يثبت الاعتراض لمن لم يرض منهما دفعا للعار والضرر عن نفسه وبهذا ينتق القول بأن اعتبار الإسلام للكفأة يجعله دين الطوائف ويجعل في المسلمين ممتازين . ويرتب على كون الكفأة حقا للزوجة والأولياء أن الحرة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من رجل ولم تبحث عن حاله لتعلم هل هو كفه لها أو لا .

ثم تبين أنه غير كفه فليس لها طلب فسخ هذا الزواج لعدم الكفأة لأنها أسقطت حقا بتقصيرها في البحث فكأنها رضيت به على أي حال .

لكن أولياؤها لم يسقطوا حقهم فلم يطلب فسخ العقد لأن إسقاط الزوجة لحقها لا يسقط حقهم . وإذا زوجها وليها بعلمها وإذنها ورضاها رجلا من غير بحث في كفايته أو عدمها ثم تبين أنه غير كفء فليس للأولياء ولا للزوجة حق طلب الفسخ لأنهم جميعا بتقصيرهم أسقطوا حقهم وكأنهم رضوا به على أى حال . لكن إذا شرطت في العقد كفاءة الزوج ثم تبين أنه غير كفء أو حصل تقرير من الزوج بأن زعم أنه كفء فإذا هو غير كفء لم يسقط لأنه مع الاشتراط أو تقرير الزوج لم يحصل تقصير ولا يعتبر ذلك إسقاطا من الزوجة أو الولي لحق الكفاءة لأن الرضا بالزوج حصل على أنه كفء . والولي الذى له حق الاعتراض هو الولي القريب لأن الكفاءة حق له دون البعيد فإذا لم يكن للمرأة إلا ولي واحد فالأمر ظاهر وإذا كان لها أكثر من ولي ولكنهم غير متساوين في الدرجة لحق الاعتراض للولي الأقرب فإن رضى بغير الكفء فلا يثبت لمن بعده من الأولياء حق الاعتراض ولا عبرة برضا الولي البعيد عند عدم رضا القريب فإن كان الأولياء متساوين كإخوة أشقاء ورضى بعضهم ولم يرض البعض الآخر سقط حق من لم يرض فليس لهم الاعتراض ويكون العقد لازما ولا يصح لواحد منهم طلب فسخه وهذا مذهب الإمام أبي حنيفة وعمد لأن الولاية عندهما لا تنجز لأن سببها وهو القرابة لا تنجز فثبت الحق لكل واحد منهم كاملا حتى العفو عن القصاص فإنه يثبت لجميع أولياء المقتول المتساوين فإذا عفا أحدهم سقط حق الباقين في المطالبة بالقصاص . وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا بعض الأولياء المتساوين بغير الكفء لا يسقط حق الآخرين لأن الكفاءة حق لكل فلا يسقط إلا برضا الكل كالدين المشترك بين جماعة إذا تنازل أحد الدائنين عن حقه فلا يسقط لإحاقه ، ويحق حق الباقين . والظاهر أن رأى أبي حنيفة وعمد هو الراجح لأن الزوجة ما دامت قد رضيت بالزوج غير

الكفء ورضى بعض أربابها فلا بد أن تتجاوز عن الكفافة كان لمصالح
أقع من الكفافة وقياس الكفافة على الدين المشترك قياس مع الفارق
لأن من أسقط حقه في الدين فقد ملكه لمن عليه الدين ولا عليك في الكفافة .
فمن تعتبر الكفافة ؟

الكفافة تعتبر من جانب الزوج فقط بمعنى ألا يكون أقل من زوجته
في الأمور الستة السابق يانها ولا تشترط الكفافة في جانب الزوج إذ يصح
أن تكون أقل من زوجها فيما تعتبر فيه الكفافة من الرجل لأن العادة
جرت بأن الزوجة الشريفة تعير هي وأولياؤها بأن يكون زوجها أبو أولادها
غير مساو لها أما الزوج الشريف فلا يعير إذا كانت زوجته أقل منه .
ولا تعتبر الكفافة من جانب الزوجة إلا في حالتين :

١ - إذا وكل الرجل عنه من يزوجه امرأة غير معينة فإنه يشترط
لنفاذ تزويج الوكيل على الموكل أن يزوجه من تكافته وهذا رأى أبي يوسف
وعمد وهو الراجح لتقييد العرف بذلك .

٢ - إذا تزوج الصغير غير الأب والجد اللذين لم يعرفا بسوء الاختيار
فإنه يشترط لصحة تزويجهما الصغير أن تكون الزوجة كفءا له احتياطا
لمصلحة الصغير .

الوكالة في الزواج

الوكيل والتوكيل في الاصطلاح الفقهي بمعنى واحد ، وهو إقامة الإنسان
غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له قابل للإتابة . ومن المقرر فقها أن من
ملك تصرفا من التصرفات كان له أن يأشره بنفسه ، وله أن يوكل عنه غيره
بمباشرة ، ومن لا يملك تصرفا من التصرفات فليس له أن يوكل به غيره ،
لأن فائد الشيء لا يعطيه ، وكامل الأملية وهو الجر البالغ المائل يملك تزويج
نفسه فله أن يوكل عنه من يقوم مقامه في تزويجه . وقائد الأملية أو ناقصها

لا يملك تزويج نفسه ، فليس له أن يوكل عنه من يزوجه ، بل الولي على كل منهما هو الذي له أن يزوجه فله أن يوكل عنه من شاء بتزويجه ، والتوكيل كما يكون شفويا يكون كتابيا ، ولا يشترط لصحة حضور شاهدين وقت صدوره ، بل يتم بين الموكل والوكيل وهدما كسائر العقود عدا الزواج ، ولكن الأحسن الإشهاد عليه احتياطا خشية الجحود والنزاع . وليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره ، لأنه يستمد ولايته من الموكل ، والموكل أعطاه وحده الولاية ورضى برأيه فقط . فإذا أعطاه الموكل حق توكيله غيره عنه بأن أذنه أن يوكل عنه في هذا التزويج من شاء أو وكله بصيغة التفويض بأن قال له : فوضت أمر زواجي إلى رأيك في كل ما تفعله ، ففي هاتين الحالتين للوكيل أن يوكل غيره عنه . ومهمة الوكيل بالزواج هي مباشرة الصيغة فقط لأنه سفير ومعبّر ، فبعد انتهاء الصيغة لا يطالب بأى حق من حقوق أحد الزوجين على الآخر ، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا النفقة ، ولا يطالب وكيل الزوجة بإدخالها في طاعة الزوج ، لأن السفير لا يطالب بحقوق ، إلا إذا ضمن الوكيل والتزم بشئ من الحقوق فإنه يطالب بمقتضى التزامه وضمنه لا بمقتضى وكالته .

تصرفات الوكيل بالزواج :

من المقرر أن سلطة الوكيل مستمدة من الموكل ، فلا يملك من التصرفات إلا ما ملكه ، ويكون فضوليا فيما عداه ، فإذا وكله وكالة مقيدة تقيد بما قيده به ، ولم يكن له أن يخالف ما قيده إلا إذا كانت المخالفة إلى خير ، فإن العقد ينفذ على الموكل من غير توقف على إجرائه .

وعلى هذا إذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة عينها له بالاسم فزوجه غيرها كان مخالفا فلا ينفذ عقده ، وإذا وكله أن يزوجه حرة فزوجه أمة ، أو وكله أن يزوجه يعضه فزوجه سوداء ، أو وكله أن يزوجه من أسرة

عينها فزوجه من أسرة غيرها ، فالوكيل في ذلك كله مخالف فلا ينفذ عقده على الوكيل .

وكذلك إذا عين الموكل أو الموكلة مبرا مخالفاً الوكيل وزوج الموكل بأكثر مما عينه وزوج الموكلة بأقل مما عينته ، فإنه لا ينفذ العقد في ذلك كله ، بل يكون موقوفاً على إجازة الموكل . أما إذا لم يعين الموكل شخصاً ولا وصفاً ولا مبراً فقد اختلف في ذلك آئمة الحنفية ، فقال الإمام أبو حنيفة : إن عقد الوكيل يقع نافذاً على الموكل سواء حقق رغبته الباطنة التي لم يدل عليها بلفظ أم لم يحققها ، لأن من المقرر أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم دليل يفيد تقييده ، وأن المقيد بقيد يلتزم فيه ذلك القيد ، إلا أن يخالف إلى شيء هو خير منه للأمر أو الموكل ، وعلى هذا فإذا وكله أن يزوجه امرأة من غير تعيين فزوجه ببيضاء أو سوداء أو أمة أو حرة بمهر المثل أو أكثر ، فإنه ينفذ على الموكل ، بل قالوا إنه على مذهب أبي حنيفة إذا تزوجه عيماً أو شلاً أو شوهاً كان محققاً لمقتضى التوكيل ، ونفذ عقده على الموكل جرياً على الإطلاق . وكذلك إذا وكلته المرأة ولم تعين شخصاً ولا وصفاً ولا مبراً فإنه ينفذ العقد عليها متى كان الزوج كفهماً ، سواء أكان ذلك بمهر المثل أم بأقل بل قالوا بتنفيذ العقد ولو كان الزوج أعمى أو أشل . ومن هذا يتبين أن الإمام أباح حنفية بحكم عبارة الموكل ولفظه ويطبق قواعد الإطلاق والتقييد . أما الصاحبان أبو يوسف ومحمد فإنهما يخالفانه في ذلك ، إذ هما يحكيان في هذه الأمور العرف والعادة ، ومذهبهما هو الذي ينبغي أن تكون عليه الفتوى وبناء على مذهبهما إذا وكل رجل آخر أن يزوجه امرأة ولم يعين شيئاً كان الوكيل مقيداً بما يقضى به العرف من مراعاة التاسب والتكافؤ ، فإذا تزوجه امرأة لا تناسبه أو بأكثر من مهر مثل المرأة بزيادة فاحشة ، فإن العقد لا ينفذ

عليه ، ويكون موقوفا على إجازته ، وينبغي أن يكون الحكم كذلك إذا زوجه عياء أو شوها أو ما إلى ذلك من الصوب التي يقضى العرف العام بمناقضتها لمقتضى التوكيل . ومثل ذلك إذا كانت المرأة هي الموكلة فإنها تضرر بصوب الرجل مثل تضرره بعيوبها أو أكثر ولا يمكنها أن تخلص منه إلا بقضايارفع الضرر ، وهي لا تصل إلى مقصدها إلا بعد عناء ومشقة ومال تنفقه .

ومن المتفق عليه بين أئمة الحنفية أنه إذا وكلت امرأة رجلا أن يزوجهها ولم تعين له شخصا ولا وصفا فتزوجها من غير كفه لم ينفذ هذا العقد على الموكلة لأن الشأن في هذا التوكيل أن تراعى فيه الكفاءة لأن المرأة عادة لا ترغب إلا في الكفء لأن في ذلك مصلحتها وحتى لا ينقض زواجها باعتراض الأولياء وهي إن لم تصرح بذلك فهي معلومة ضمنا فتتحقق المخالفة بتزويجها بغير الكفء ، وكذلك من المتفق عليه أن المخالفة إلى خير تنفذ على الموكل فإذا وكله أن يزوجه عياء مثلا فزوجه مبصرة نفذ العقد هذا ولا ينفذ تصرف الوكيل على الموكل إذا كان في ذلك تهمة للوكيل بأنه يعمل لمصلحته وذلك كأن يزوج الوكيل الموكل بنته الصغيرة أو مولى له صغيرة كبنت أخيه التي في ولايته بل يكون مثل هذا العقد موقوفا على إجازة الموكل فإذا انتفت التهمة كان العقد نافذا باتفاق أئمة المذهب وذلك كأن يزوج الوكيل أختا له كبيرة برضاها فإن زوجه بنته الكبيرة برضاها لم ينفذ العقد عند أبي حنيفة لتحقق التهمة بسبب البتة خلافا للصاحبين فإنه ينفذ عندهما لأنه ليس له عليها ولاية إجبار . وإذا وكل رجل رجلا أن يزوجه فلاة أو فلاة فزوجه إحداهما أيا كانت فإنه ينفذ العقد لأنه وكله بصيغة التخيير وإذا وكله أن يزوجه امرأة من غير تعيين فزوجه امرأتين في عقدتين وقع الأول نافذا على للموكل وتوقف الثاني على إجازته فإن زوجه إياهما في عقد واحد لم ينفذ عليه في كل منهما

لتحقق المخالفة وكان موقفا على إجازة فإن أجاز عقدهما جميعا أو أجاز في إحداهما نفذ ما أجازة وإن لم يحزه أصلا بطل وإذا وكله أن يزوج امرأة معينة فزوجه إياها مع امرأة أخرى فإنه ينفذ عليه زواج معينة وكان زواج الأخرى موقفا على إجازته سواء أزوجها إياهما في عقد واحد أم في عقدين وذلك لأن أوكل حق مقتضى التوكيل في معينة وعقده عقد فضولى بالنظر للأخرى . وإذا وكلت امرأة رجلا أن يزوجها من معين أو أطلقت بأن قالت زوجنى عن ثناء فزوجها من نفسه كان عاثفا ولا ينفذ عليها العقد إلا بالإجازة بالاتفاق ، وكذلك إذا وكل الرجل امرأة أن تزوجه وعين التى يريد أو أطلق فزوجته من نفسها فلا ينفذ العقد عليه لتحقيق التهمة في التصرف وذلك بوجوب توقف العقد على الإجازة .

حقوق الزواج وواجباته

لكل من الزوجين على الآخر حقوق أوجبها الشارع الحكيم لقوله تعالى :
 « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من
 أموالهم الخ » ، ويقول تعالى فى شأن النساء : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف
 وللرجال عليهن درجة » ، فلزوج حقوق على زوجته وللزوجة حقوق على
 زوجها ماله وغير ماله فمن الحقوق المالية التى للزوجة على زوجها .

المهر . وهو الحق المالى الذى تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها
 أو الدخول بها ويسمى الصداق والفريضة والأجر والعقر والنحلة .
 ويثبت وجوبه على الزوج بأحد سببين .

١ — بمجرد العقد على الزوجه .

٢ — الدخول الحقيقى بها .

فإذا تم عقد الزواج صحيحاً شرعاً وجب المهر على الزوج بمجرد تمام العقد ولو لم يقع به دخول بها بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقاً للزوجة أو لورثتها : وأما إذا كان عقد الزواج فاسداً شرعاً كان عقد عليها بنذر حضور شهود فلا يجب على الزوج المهر بمجرد العقد الفاسد وإنما يجب إذا أعقبه دخول الزوج حقيقة بمن عقد عليها بحيث لو مات أحد الزوجين بزواج فاسد بعد العقد وقبل الدخول أو افرقا من تلقاء أنفسهما أو بغريق القاضى قبل الدخول فلا يجب على الزوج أى مهر .

دليل وجوبه :

دليل وجوب المهر في عقد الزواج قوله تعالى في سورة النساء : **وَأُولَئِكَ صِدَقَاتُنَّ نَحْلُهُ** ، وقوله سبحانه : **فَمَا اسْتَعْتِمَ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيهَا تَرَاثُمَ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ** ، فقد أمر الله سبحانه بإيتاء النساء مهورهن وسمى المهر فريضة فدل ذلك على وجوب المهر في الزواج وأنه لا زواج بدون مهر .

مقداره : أقل المهر عند الخنفة عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل أو ما قيمته ذلك من أى مال وهى تساوى بالعملة المصرية خمسة وعشرين قرشاً . ولا حد لأكثره فالمتعدين أن يزيدا عن العشرة إلى ما شاءا ودليل تحديد الله بعشرة دراهم قوله صلى الله عليه وسلم (ولا مهر أقل من عشرة دراهم) وأما دليل أنه لا حد لأكثره فلا لأنه لم يرد نص بذلك ولذا روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال فى خطبة له (لا تنالوا فى مهور النساء) فقالت له امرأة : ليس ذلك لك يا عمر فإن الله تعالى يقول (وآتيتهم من حيث لم يحتسبن) فقال عمر : امرأة أصابت ورجل أخطأ .

ما يصلح أن يكون مهرا :

يصلح أن يكون مهرا كل مال متقوم معلوم علما ليس فيه جهالة فاحشة قيمته عشرة دراهم فأكثر سواء أكان عقارا أم منقولا . ويجوز أن تكون المنفعة مهرا إذا كانت من المنافع التي يستحق في مقابلها المال كسكنى الدار وزراعة الأرض وما إلى ذلك . وأما المنفعة التي لا يستحق في مقابلها المال فإنها لا تصلح أن تكون مهرا كأن يجعل مهرها أن يطلق ضربتها أو ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها لأن هذه المنافع وإن كان فيها مصلحة للزوجة لكنها لا تقدر بمال . والمعتبر أن تكون قيمة المهر وقت العقد عشرة دراهم فلو كانت قيمته وقت العقد عشرة دراهم ثم نقصت عنها عند التسليم فليس لها المطالبة بالنقص وإن كانت قيمته وقت العقد أقل فلها المسمى وما يكمل العشرة

وذهب المتقدمون من الحنفية إلى أن تعليم القرآن وأحكام الدين لا يصلح أن يكون مهرا لأن هذه الأمور من العبادات والطاعات فلا يجوز أخذ أجر عليها . وأقوى متأخروا الحنفية بخلاف ذلك وقالوا بجواز أخذ الأجرة على هذه الأمور لأنه لو لم يعط معلوا القرآن والأحكام الدينية أجرا على ذلك لتعطل كثير من شعائر الدين حيث لا يوجد من يعلم بلا أجر . والخلاف بين المتأخرين والمتقدمين في ذلك راجع إلى اختلاف العصور والازمنة فكل أفتى بما يناسب زمانه وليس الأمر راجعا إلى خلاف في الدليل وهذا ما يعبر عنه المؤلفون بأنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وكل ما ليس بمال وكذا كل مال متقوم في ذاته ولكنه غير متقوم في حق المسلم كالخمر والخنزير لا يصح أن يكون مهرا بالنسبة للمسلم ولو كانت الزوجة كاتبة . ويكون المال معلوما علما تتفق به الجهالة بالإشارة إليه وتعيين جنسه ونوعه ومقداره إن كان مما يحتاج في تعيينه إلى بيان المقدار فإذا جعل

مهرها فرسا أو قطارا من القطن مثلا صحت التسمية والواجب حينئذ على الزوج أنوسط من المسمى أو قيمته ولا تضر الجهالة اليسيرة في المهر لأن المال غير مقصود بالذات في الزواج فيتسامح فيه بما لا يتسامح في العقود المالية .

وأما إذا كان المال مجهولا جهالة فاحشة كما إذا كان المهر حيوانا أو دارا أو ثوبا فلا يصح أن يكون مهرا لأن الجهالة فاحشة فتؤدي إلى النزاع بين الزوجين . وكل عقد زواج لا يصلح المسمى فيه أن يكون مهرا فهو صحيح متى استكمل أركانه وشروطه الشرعية ويجب فيه مهر المثل .

تسجيل المهر وتأجيله :

المهر في الزواج ليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروطه وإنما هو من أحكامه المترتبة عليه وعلى ذلك فلا يجب على الزوج أن يدفع لزوجته كل للمهر أو بعضه وقت إنشاء العقد أو قبل زفافها إليه أو قبل دخوله بها بل يعمل بما اتفق عليه العاقدان في تأجيله كله أو تأخير كله أو تسجيل بعضه وتأجيل الآخر إلى أجل قريب أو بعيد معين ، كسنة وشهر ، أو غير معين كاللأجل لأقرب الأجلين الطلاق والموت . ويجوز أن يحمل المهر أقساطا معلومة مقسومة أو غير مقسومة يؤدي كل قسط منها في ميعاد معين حسب اتفاق الطرفين وإن لم يوجد اتفاق على تسجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضا اتبع في ذلك عرف البلد الذي حصل فيه العقد لأن المعروف عرفا كالشروط شرطا . وقد جرى العرف في بعض البلاد المصرية على تسجيل نصف المهر وتأجيل نصفه الآخر لأقرب الأجلين الطلاق والموت وفي بعضها على تسجيل الثلثين وتأجيل الثلث .

الحقوق المتعلقة بالمهر :

للهر حالتان حالة ابتداء وحالة بقاء وتعلق بالمهر حال الابتداء ثلاثة حقوق .

١ - حق الشرع . ٢ - حق الزوجة . ٣ - حق أولياء الزوجة .
لحق الشرع ألا يقل المهر عن عشرة دراهم لأن الشرع قدر الحد الأدنى للهر بذلك (عند الحنفية) فلا يملك أحد إسقاط وجوب المهر أصلاً ولا أنقص مقداره عن عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل لأن المهر إنما يملك إسقاط حقه لا إسقاط حق غيره . وأما حق الزوجة وأولياؤها فهو ألا يقل مقدار المهر عن مهر المثل ويفتق على هذا أنه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة الحرة بأقل من مهر مثلها فلوليها المأصّب الاعتراض على هذا العقد وطلب فسخه أتم القضاء إن لم يرخص الزوج بإبلاغ المهر إلى مهر المثل وكذلك إذا زوج الولي المرأة البالغة العاقلة من كفه لها وبمهر أقل من مهر مثلها فلها حق الاعتراض على العقد فإذا ردتّه اعتبر باطلاً لأن الشرط في ذلك رضاها ورضا وليها، ورضا أحدهما لا يسقط حق الآخر أما في حالة البقاء فالمهر حق الزوجة تصرف فيه كما تصرف في سائر أملاكها متى كانت بالغة عاقلة رشيدة فيصح أن تبني زوجها منه أو بعنه ولا حق جيلده لأحد من أولياها في الاعتراض عليها .

مقتدر المهر الذي يجب للزوجة :

المهر الذي يجب للزوجة يختلف باختلاف حالة العقد فتارة .

١ - يكون المهر الواجب للزوجة عشرة دراهم .

٢ - وتارة يكون المهر الواجب لها مهر مثلها .

٣ - وفي بعض الأحوال يكون المهر الواجب هو المسمى في العقد بالغ ما يبلغ .

٤ - وفي أحوال يكون المهر الواجب للزوجة هو الأقل من المسمى ومهر مثلها .

متى يكون الواجب عشرة دراهم :

إذا سمي في العقد مهراً أقل من عشرة دراهم أو شيئاً قيمته وقت العقد أقل من عشرة دراهم ففي هذه الحالة يكون المهر الواجب للزوجة هو عشرة دراهم فقط أو الشيء المسمى وما يكمل العشرة وذلك لأن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع وما زال إلى مهر المثل حق الزوجة وأوليائها فإذا رضيت بأقل من عشرة دراهم فقد أسقطت حقها وحق الشرع وهي لا تملك إلا إسقاط حقها فيكمل المهر إلى عشرة مراعاة لحق الشرع وقال الإمام زفر إن الواجب في هذه الحالة للزوجة مهر مثلها لأن تسمية مالا يصلح مهراً شرعاً كعدم التسمية والواجب عند عدم التسمية مهر المثل . وإذا سمي في المهر عشرة دراهم وجبت .

ومن المفهوم أنه إذا كان للزوجة ولي ماصب ولم يرض بهذا المهر فله طلب الفسخ إذا كانت العشرة أقل من مهر المثل .

متى يجب مهر المثل :

إذا لم يسم في العقد مهراً أصلاً بأن قال الرجل للمرأة زوجيني ففسك فقالت قبلت أو كان الزواج على نفق المهر بأن قال لها زوجيني ففسك على ألا مهر لك فقالت قبلت أو سمي في العقد مهراً لا تصح تسميته شرعاً كتسمية بمجهول الجنس أو القيمة ففي هذه الحالات كلها يكون الواجب مهر المثل ويصح العقد على ما تقدم وتسمى من سكنت في العقد عن تسمية مهر لها (المقوضه) لأنها يسكوئها عن تسمية مهر لها كأنها رصيت

بتفويض أمر تقديره إلى زوجها فلها بعد العقد وقبل الدخول بها أن تطالبه بفرض مهر لها فإن تراضيا على مهر وجب وإن لم يتراضيا رفعت أمره إلى القضاء ليأمره بالفرض فإن لم يفعل قضى لها بمهر مثلها . وأما لو سكنت عن مطالبتها بفرضه حتى دخل بها أو مات أحدهما فلها مهر مثلها لأنه هو الموجب الأصلي للعقد . ومهر المثل هو مهر امرأة من قوم أبي الزوجة كاختها وعمتها وبنت عمها تساويها وقت العقد سناً وجمالاً ومالاً وبلداً وعصراً وعقلاً ودنياً وأدباً وخلقاً وعلاً وبكارة أو ثبوبة وعدم ولد فإن لم توجد واحدة من قوم أيها تساويها في هذه الصفات ينظر إلى مهر زوجها أجنبية تساويها فيها . وإذا اختلف الزوجان في مقدار مهر المثل فادعى الزوج أنه خمسون جنبها مثلاً وادعت الزوجة أنه مائة فإن أقام أحدهما بينة قضى له وإن لم توجد بينة فائمين على من أنكر الزيادة وهو الزوج فإن حلف أن مهر مثلها كما ادعى قضى له وإن نكل قضى لها .

متى يجب المسمى في العقد :

يجب المهر المسمى في العقد إذا كانت التسمية صحيحة في عقد صحيح كأن يسمى نقوداً تعادل عشرة دراهم فأكثر أو ماله قيمة كذلك ، فإن كانت التسمية غير صحيحة ، فالواجب مهر المثل .

متى يجب أقل الأمرين : المسمى ومهر المثل :

إذا كان العقد فاسداً بأن عقد بلاشهود مثلاً ، وكانت التسمية صحيحة ودخل الزوج بروجه دخولا حقيقياً ، فالمر الواجب في هذه الحالة هو مهر المثل أو المسمى أيهما أقل ، فإن كان المسمى مائتين ومهر المثل مائة وجبت المائة ، وإن كان المسمى مائة ومهر المثل مائتين وجبت المائة فقط .

الزيادة في المهر والخط منه :

يجوز للزوج إذا كان كامل الأهلية بعد تمام العقد وتسمية المهر فيه تسمية صحيحة أن يزيد المهر الذي ساء في العقد ، وهذه الزيادة تلزمه وتعتبر ملحقة بالمهر وجزءاً مكملاً له بشروط ثلاثة :

(١) أن تكون الزوجية قائمه حقيقة ، كالزوجه التي لا تزال في عصمة زوجها ، أو حكماً بأن تكون مطلقه رجعيًا ولا تزال في العدة ، فإن زالت الزوجية بالطلاق البائن أو انقضاء العدة في الرجعي فلا تصح الزيادة .

(٢) أن تكون الزيادة معلومه ، فإن كانت مجهولة بأن قال الزوج لزوجته : زدت في مهرى فلا تصح هذه الزيادة .

(٣) أن تقبل الزوجه الزيادة في المجلس أو وليها . وكذلك يجوز للزوجه الكاملة الأهلية أن تحيط عن زوجها برضاها ، وفي حال صحتها كل مهرها أو بعضه إن كان من النقود أو المكيلات أو الموزونات ، فإن كان مهرها عينا يجوز لها أن تهبه له كله أو بعضه ، وذلك لأن كلا منهما يتصرف في خالص حقه ، وكذلك يجوز لآبى الصغير أو جده أن يزيد في مهر زوجة الصغير بعد العقد من مال الصغير ، ويكون حكم هذه الزيادة كزيادة الزوج الكامل الأهلية ، وذلك بعد تحقق الشروط الثلاثة ، ولكن ليس لآبى الصغيرة أو جدها أن يحيط عن زوجها شيئاً من مهرها بعد العقد ، ووجه التفرقة غير ظاهر ، فإن كلا من الزيادة في مهر زوجة الصغير والخط من مهر الصغيرة تبرع من مال الصغير ، فإما أن يجوز الأمران أو لا يجوزان .

مضى يتأكد كل المهر :

تقدم أن المهر يجب بمجرد العقد في الزواج الصحيح وبالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد . والمهر الواجب بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد غير

معرض لأن يسقط كله أو بعضه بأى فرقة كانت سواء أكان المهر الواجب هو المسمى في العقد أم من المثل وذلك لأن الزوج بدخوله الحقيق قد استوفى المنفعة بها فقرر المهر وتأكد سواء افرق الزوجان بعد الدخول الحقيقى من تلقاء أنفسهما أو بتفريق القاضى بينهما . وكذلك المهر الواجب بالدخول الحقيقى بناء على شبهة كما إذا زفت امرأة إلى رجل وقيل له إنها زوجتك فدخل بها ثم تبين أنها ليست زوجته فيجب لهذه المرأة مهر مثلها بتمامه .

أما المهر الواجب بمجرد العقد في الزواج الصحيح فهو واجب وجوبا غير مستقر بل هو عرضة لأن يسقط كله أو بعضه فهو يتأكد كله إذا دخل الزوج بزوجه حقيقة أو اختلف بها خلوة صحيحة أو مات أحدهما قبل الدخول والخلوة فإذا وجد بعد العقد الصحيح واحد من هذه الثلاثة تأكد وجوب المهر وصار حقا مستقرا للزوجة لا يسقط بأى فرقة من جهته أو من جهتها لأنه بالدخول الحقيقى قد استوفى الزوج حقه في المنفعة فيتأكد للزوجة حقا وهو المهر كاملا . وبالخلوة الصحيحة قد مكنت الزوجة زوجها من نفسها ولم يوجد ما يمنع أن يستوفى حقه ويستمتع بها فكونه مع ذلك لم يستوف حقه لا يمنع من تقرر حقا في مهرها كاملا لأنها أسلمت نفسها وأتت ما وسعها وهو الذى اقتصر على الاستمتاع بالخلوة بها وقد قال الله تعالى : فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة . وبموت أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة اتقى احتمال طرو فرقة من قبل الزوج تنصف المهر أو فرقة من قبلها تسقطه فقرر الواجب في العقد بتمامه . فإذا كان الذى مات هو الزوج أخذت الزوجة مهرها أو ما بقى لها منه من تركتها قبل قسمتها بين ورثته لأنه دين بها يجب سداده وإن كانت التى ماتت هى الزوجة أخذت مهرها أو ما بقى منه من زوجها بعد خصم ما يخصه منه لأنه من ورثتها يستحق نصف تركتها أو ربعها .

الحلوة الصحيحة :

كما يتأكد كل المهر بالدخول في الزواج الصحيح يتأكد أيضا بالحلوة الصحيحة ، والمراد بها أن يجتمع الزوجان متفردين في مكان آتئين من اطلاع غيرهما عليهما بدون إذنهما وليس بأحدهما أى مانع حسي أو شرعى أو طبعى يمنع من الجماع فإذا لم تتوافر هذه الشروط بأن كان اختلاؤهما في مكان لا يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما أو اختليا وبهما أو بأحدهما مانع من الجماع شرعى كحيض أو صوم فرض أو طبعى كوجود ثالث يميز أو حسي كصغر ومرض لا يستطيع معه الجماع فالحلوة فاسدة لا يتأكد بها المهر بتامه وكما أن الحلوة الصحيحة في الزواج الصحيح تشارك الدخول الحقيقى في تأكيد وجوب المهر بتامه فهي تشاركه أيضا في إيجاب العدة عليها بعد الفقرة وفي الآثار المترتبة على العدة من وجوب النفقة وحرمة الجمع بينها وبين محرم لها وحرمة زواج أربع سواها مادامت في العدة . وتشارك الحلوة الصحيحة أيضا الدخول الحقيقى في ثبوت النسب .

وتخالف الحلوة الصحيحة الدخول الحقيقى فيما يأتى :

١ — الإحصان : فالدخول الحقيقى يحض الرجل فإذا زنى بعده رجم والحلوة الصحيحة لا تحصنه فإذا زنى بعدها جلد .

٢ — حرمة البنات : فالدخول الحقيقى بالأم يحرم بنتها على الزوج الذى دخل بها ، أما مجرد الحلوة الصحيحة فلا يحرم عليه بنتها .

٣ — حل المرأة المطلقة ثلاثا : فإذا تزوجت المرأة المطلقة ثلاثا بآخر واختلى بها فقط خلوة صحيحة لا تحمل لمطلقها الأول حتى يدخل بها الثانى دخولا حقيقيا .

٤ - الرجعة : فالطلاق من بعد الدخول الحقيقي رجعى وبعد الخلوة الصحيحة بائن، وكذلك الدخول الحقيقي بالمطلقة رجعى يعتبر مراجعه ولكن الخلوة الصحيحة بها لا تعد مراجعه .

٥ - فى الميراث : فلو طلقت الزوجة بعد الدخول الحقيقي ثم مات وهى فى العدة ترثه لأن طلاقها رجعى ولكن لو طلقت بعد الخلوة الصحيحة ثم مات وهى فى العدة لا ترثه لأنها بائنة منه .

هذا : والخلوتان الصحيحة والفاسدة فى الزواج الصحيح تستركان فى إيجاب العدة بعد الفرقة احتياطاً للمحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها ، والخلوة مطلقاً فى الزواج الفاسد صحيحة كانت أو فاسدة لا توجب المهر بتمامه لأن الشأن أن فساد الزواج يكون مانعاً للزوجين من الجماع فلا تعتبر الخلوة تمكيناً من الاستمتاع ولا مظنة له .

مق يجب نصف المهر : إذا سعى فى عقد الزواج الصحيح مهر تسميه صحيحة ثم انحلت عقدة الزوجية قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة بسبب من قبل الزوج وجب للزوجة نصف المهر فقط سواء كان سبب الفرقة الذى من قبله تطليقاً أو فسخاً بغير اختياره نفسه عند البلوغ .

ودليل هذا قوله سبحانه فى سورة البقرة : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » ، فقد دلت الآية على أن الزوجة التى طلقها زوجها قبل أن يمسه ، أى قبل أن يدخل بها حقيقة أو حكماً ، وكان قد فرض لها مهراً ، فأوجب المستحق لها عليه نصف ما فرض لها ، فإن كانت لم تقبض مهراً فلها مطالبة زوجها بعد الطلاق بنصفه إلا أن تفوز وتتنازل عن مطالبته وإن كانت قبضته فزوجها الذى بيده عقدة النكاح مطالبتها بعد الطلاق بأن

تد إليه نصفه إلا أن يعفو ويتنازل عن مطالبتها برده . ومثل المطلقة في هذا الحكم كل من فارقها زوجها قبل الدخول بها بسبب من قبله ، كما إذا ارتد عن الإسلام زوج المسلمة ، أو أبي الزوج غير المسلم أن يسلم بعد إسلام زوجته وأما فسخه بخيار البلوغ فهو فسخ للعقد من أصله ، فلا يجب عليه شيء مادام لم يدخل بمن عقد عليها لا حقيقة ولا حكماً ، لأن العقد إذا انفسخ يعتبر كأنه لم يكن . وحكمة وجوب نصف المهر في هذه الحالة أن لها وجهين من النظر مختلفتين :

الأولى : أن الزوج بالفرقة قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي لم يستمتع بزوجه أى نوع من الاستمتاع ، ولم تقم له بواجب من واجبات الزوجية ، وحالها بعد الفرقة على ما كانت عليه قبل العقد ، وهذا يقتضى أنه لا يجب شيء على الزوج من المهر .

الثانية : أن الزوجة بالعقد ملكت زوجها حق النعمة بها ، ولم تمنعه من استيفاء حقه ، وهو الذى فوت ملاكته اختياراً بالفرقة الحاصلة من قبله ، وذلك يقتضى أن يجب عليه كل المهر ، فالشارع الحكيم وفق بين الوجهين ، وراعى جانب كل من الزوجين ، وأوجب على الزوج في هذه الحالة نصف المهر المسمى فقط فلم يفوت على الزوجة كل حقه ، ولم يلزم الزوج بكل ما وجب في العقد .

وذهب الحنفية إلى أن قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » يدل على أن الذى ينصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكماً هو المهر الذى فرض حين العقد فرضاً صحيحاً ، لأن هذا هو الذى يفهم من إطلاق « ما فرضتم » وعلى ذلك فالزيادة التى زيدت بعد العقد فى المهر المسمى لا تنصف ، لأن هذه الزيادة لم ترض وقت إنشاء العقد فتسقط بالفرقة قبل الدخول وقبل الخلوة

فلا تستحق الزوجة شيئاً منها على زوجها ، وكذلك لا يتنصف المهر المسمى في عقد الزواج الفاسد ، لأن الزواج متى كان فاسداً لا يجب فيه المهر بنفس العقد ، وإنما يجب بالدخول الحقيقي ، والمهر بعد الدخول لا يتنصف ، وإنما يجب كله ، فلا يتأتى أن تستحق الزوجة نصف المهر المسمى في الزواج الفاسد وأيضاً لا يتنصف مهر المثل ، لأن النص السابق في تنصيف نصف المفروض وقت العقد ومهر المثل يجب في الحالات التي ليس فيها فرض صحيح وقت العقد ، وكذلك فلا يتنصف المهر المفروض للبفوضة بعد العقد بتراضي الزوجين أو بأمر القاضي ، لأنه لم يفرض وقت العقد وإنما فرض بعده ، فلا يتناوله قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » ، لأن المتعارف إطلاق لفظ المفروض على ما فرض وقت العقد لا على ما فرض بعده . وذهب الإمامان مالك والشافعي إلى أن المفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول بدون فرق بين المفروض في العقد والمفروض بعده ، لأن الفرض في الآية معناه التقدير فقوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » يتناول المفروض مطلقاً وتقييد المفروض بكونه في العقد لا وجه له ، لأن اقتران الفرض بالعقد لا أثر له في الحكم بدليل تساوي المفروض في العقد والمفروض بعده في سقوط الكل إذا وجد ما يقتضي سقوط المهر كله ، وفي تأكيد المهر وتقرره إذا وجد أحد الأمور المؤكدة لوجوبه بتمامه .

ومذهب المالكية والشافعية فيما يظهر أقوى في الدليل .

وخلاصة مذهب الحنفية الواجب العمل به قضاء وإفتاء في الجمهورية العربية المتحدة أن الزوجة تستحق نصف المهر المسمى فقط إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بأربعة شروط :

١ — أن يكون عقد الزواج صحيحاً .

- ٢ — أن يكون المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة .
- ٣ — أن تقع الفقرة بينهما قبل الدخول وقبل الخطوة الصحيحة .
- ٤ — أن تكون الفقرة بسبب من قبل الزوج سواء كانت الفقرة طلاقاً أو فسخاً ماعداً الفقرة بخيار البلوغ .

وجوب المتعة :

المراد بالمتعة ما يعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفقرة بينهما من الثياب أو ما يقوم مقامها تعويضاً لنفس الزوجة وتعويضاً لها عن إحداثها بالفرقة التي حصلت بينها وبين زوجها . وهي واجبة عند الحنفية إذا حصلت الفقرة بسبب من جهة الزوج وكانت قبل الدخول والخطوة وخلا عقد الزواج من تسمية المهر تسمية صحيحة سواء سمى بعد العقد أم لا فإن أعطاهما المطلق للطلقة انتهى الأمر وإلا رفعت الأمر إلى القاضي ليحكم عليه بها . ودليل وجوب المتعة في هذه الحالة قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تعرضوا لهن فريضة » ، ومتوهن على اللبس قدره وعلى المقر قدره .

إذ معنى الآية لا أثم عليكم ولا تبعه إن طلقتم النساء في هذه الحالة ولكن يجب عليكم متعتن . وهي كسوة كاملة بما تلبسه المرأة عند الخروج من المنزل حسب المتعارف في بلدها ولها حد أدنى لا يقل أقل منه وهو قبض يستر بدنها وخيار قنطري به رأسها وإزار تشتمل به المرأة عند الخروج . ويصح أن يعطى بدل المتعة ثمنها من نقود . وقد اختلف فيمن يراعى حاله في تقدير المتعة فقيل يراعى حال الزوجة وقبل حال الزوج وقيل حالهما معا والذي يقتاسب وما عليه العمل في المحاكم بالنسبة لتقدير نفقة الزوجة هو مراعاة حال الزوج فقط فإن الحنفية يختلفون فيمن يراعى حاله في تقدير نفقة

الزوجة مثل اختلافهم في المنفعة لكن الجارى عليه العمل في المحاكم بالنسبة لتقدير نفقة الزوج هو مراعاة حال الزوج فقط يسراً وعسراً طبقاً للمادة (١٦) من القانون ٥ لسنة ١٩٢٩ التى نصت على أنه (تقدر نفقة الزوج على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوج) فينبغى أن يكون الأمر كذلك بالنسبة للنفقة ليقس القسريع ولأن هذا هو الأرفق بالأزواج وأيضاً فإن الله تعالى يقول: «على الموسر قدره وعلى المقتر قدره» وقال الفقهاء يشترط ألا تزيد المنفعة على مقدار نصف مهر المثل لأنها قائمه مقامه ولا تنقص عن خمسة دراهم لأنها أقل نصف المهر شرعاً هذا وقد قال فقهاء الحنفية إن المنفعة تستحب لكل مطلق بعد الدخول

سقوط كل المهر وعدم وجوب شيء منه للزوجة :

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة أو حكماً وكان سبب الفرقة آتياً من قبلها سقط مهرها ولا حق لها في شيء منه فإن كانت لم تقبضه فليس لها مطالبة الزوج به وإن كانت قبضته فعليها رده ، وذلك كما إذا اختارت نفسها عند البلوغ في الحال التى لها فيها خيار الفسخ أو ارتدت عن الإسلام فلا تستحق شيئاً من مهرها لأنها هى التى فوتت الزوج حقه وحالت بينه وبين المنفعة ، ولأنها بأقدامها على سبب الفرقة مع عليها بأنه لم يوجد ما يؤكد لها مهرها تعتبر كأنها متنازلة عنه وباختيارها الفسخ بالبلوغ قضت العقد من أصله فلا يستحق لها شيء. وكذلك إذا كانت الفرقة آتية من قبل ولى الزوج كما إذا فسخ الزواج لعدم كفاية الزوج قبل الدخول بناء على طلب الولى أو فسخ بناء على طلبه لنقصان المهر عن مهر المثل فتعتبر هذه فرقة من الزوج لأن ولىها من قبلها .

اقران المهر بشرط :

إذا سمي المهر مطلقا غير مقترن بشرط لأحد الزوجين أو محارمها كان الواجب هو المسمى على ما تقدم أما إذا سمي المهر وقرن به شرط فهذا له أحوال ثلاثة .

الأولى : أن يسمى الزوج لزوجته مهرا أقل من مهر مثلها ويشترط لها على نفسه في نظير ذلك شرطا فيه منفعة مباحة شرعا مقصودة لها يتوقف تحققها على فعله سواء كانت المنفعة لشخصها أو لقريبها المحرم كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها ثمانين على ألا يتزوج عليها أولا ينقلها من بلدها أو أن يطلق ضرتها . ففي هذه الحالة يعتبر المهر الذي رضيت به الزوجة بمجموع الأمرين . القدر المسمى والمنفعة المشروطة فإذا وفي الزوج بالشرط فلها المسمى الذي تراضيا عليه وإن لم يوف بالشرط تستحق مهر مثلها لا المسمى لأن هذا المسمى لم ترض به مع نقصه عن مهر مثلها إلا مع تحقيق المنفعة المشروطة لها فإذا قامت المنفعة قامت رضاها بالمسمى فيجب الموجب الأصلي لكل زواج لم يتراض فيه على تسمية وهو مهر المثل لأن المنفعة كانت عرضا لها عن الفرق بين المسمى ومهر مثلها ولهذا إذا كان المسمى لا ينقص عن مهر مثلها فلا أثر للإخلال بهذا الشرط كما لا يكون أثر للإخلال به إذا كان المشروط مضرة لا منفعة كأن يتزوج عليها أو منفعة غير مباحة شرعا كأن يسبقها آخر أو منفعة لأجنبي منها ففي هذه الحالات يكون الواجب هو المسمى فالمراد أن تكون المنفعة المشروطة مباحة مقصودة يستحق بقواتها العرض وهو الفرق بين المسمى ومهر المثل .

الثانية : أن يسمى الزوج لزوجته مهرا أكثر من مهر مثلها ويشترط لنفسه عليها في نظير ذلك شرطا فيه منفعة له كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها مائة وخمسين على أن تكون عذراء أو سليمة من الأمراض أو يرضاء ففي هذه الحالة إذا

تتحقق المشروط للزوج فعليه المسمى وإن لم يتحقق فليس عليه إلا مهر مثلها لأنه إنما رضى بالزيادة على مهر مثلها في مقابلة هذا الوصف الذي يرغب فيه فإذا فات هذا الوصف فات رضاه بما زاد عن مهر المثل فلا يجب عليه إلا مهر المثل . وهذا إذا كان في عبارة العاقدین ما يفيد أنها تراضيا على جعل المنفعة المشروطة لها في مقابل النقص عن مهر مثلها في الحالة الأولى وجعل الوصف المرغوب فيه منه في مقابل الزيادة على مهر مثلها في الحال الثانية أما إذا شرط أحد الزوجين في العقد شرطا فيه منفعة له ولم يجعل هذه المنفعة في مقابل نقص عن مهر المثل أو زيادة عليه بل كان اشتراطها الرضا بالزواج نفسه لا بقدر المهر المسمى فيه فذهب الحنفية أنه لا أثر لهذا الاشتراط ولا يترتب على الإخلال به شيء لأن الزواج عديم لا يدخله خيار شرط ولا روية ولا عيب .

ومذهب الإمام أحمد بن حنبل أنه إذا شرط أحد الزوجين شرطا فيه تقع مقصوده وفات الشرط فللشرط له خيار الفسخ لأنه ما رضى بالزوجة إلا على هذا الشرط ولا ينقطع حقه في الفسخ إلا إذا أسقطه أو رضى بمخالفة الشرط ويستدل لذلك بأن الزوج ما رضى بالزواج إلا على هذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا فثبت الخيار ولأن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحكمت به التهمة بالزوجات .

الثالث : أن يسمى الزوج لزوجته مهرا على شرط ومهرا على شرط آخر كأن يتزوجها على مائة إن كانت سليمة من الأمراض وعلى خمسين إن كانت غير سليمة فعل قول الصاحين التسميتان صحيحتان فإن كانت سليمة فلها المائة وإن كانت غير سليمة فلها الخمسون وذلك لحصول التراضي عليه .

وعلى قول زفر التسميتان غير صحيحتين لأن المسمى مردد بين شيئين

والترديد مورث الجلالة وتسميه المجهول غير صحيحه فالواجب لها مهر مثلها لا يزيد على مائة لأنها رضى بها ولا ينقص عن خمسين لأنه رضى بها .

وعلى قول أبي حنيفة للمسمى الأول على التقدير الأول صحيح فإن تحقق أول الشرطين وجب للمسمى له وأما الثاني فغير صحيح لأنه ورد بعد الأول الذى صح فلم يصادف خلا بأن تحقق الشرط الثانى بأن تبين أنها غير سليمة فى المثال المذكور فالواجب لها مهر المثل لا يزيد عن مائة والراجح قول الصالحين .

قبض المهر وتصرف الزوجة فيه

المهر بعد العقد يصير حقا خالصا للزوجة فإن كانت كاملة الأهلية غير مخجور عليها للسفه فى التى يقبضه بنفسها أو بمن توكله عنها فى قبض مهرها سواء أكانت بكرا أم ثيبا ويراعى أن توكيل الثيب لأبيها أو جدما فى قبض مهرها لا بد أن يكون بتصریحها ، وأما البكر فيكون توكيلها بتصریحها وبسكوتهما عن نيه أن يقبض لأن العادة جارية بأن ولى البكر هو الذى يقبض مهرها ويتولى تجهيزها فيكون سكوتها رضا بقبضه جريا على العرف وأما الثيب فالمعارف أنها تباشر شؤونها بنفسها فلا بد من إذنها له بالقبض بصريح القول أو الفعل . وإن كانت غير كاملة الأهلية فالذى يقبض مهرها هو ولى مالها ، والولى المال هو واحد من ستة على هذا الترتيب : الأب ثم وصيه ، ثم الجد ثم وصيه ، ثم القاضى ووصيه . وكل من الأب والجد له الولاية على نفس الصغيرة ومالها ، فله تزويجها ، وله قبض مهرها ، ومن عدا الأب والجد من الأقارب له الولاية على نفس الصغيرة فقط ، فله تزويجها ، وليس له قبض مهرها إلا إذا كان مقاننا وصيا عليها . والوصى له الولاية على

مال الصغيرة فقط ، فله قبض مهرها وليس له تزويجها إلا إذا كان قريباً لها ولا يوجد أقرب منه . فمن له الولاية على النفس والمال معاً يملك التزويج وقبض المهر . ومن له الولاية على أحدهما فقط لا يتعداه إلى الآخر ، فإذا قبضت الكبيرة العاقلة مهرها بنفسها أو بوكيلها برئت ذمة الزوج منه . وإذا قبض مهر الصغيرة واحد من لم الولاية على مالها فقبضه معتبر وتبرأ به ذمة الزوج ، وليس للصغيرة بعد بلوغها أن تطالب زوجها بشيء منه وشأنها مع وليها .

وإذا قبضه واحد من ليست لهم الولاية على مالها فقبضه غير معتبر ولا تبرأ به ذمة الزوج . فللزوجة بعد بلوغها أن تطالب زوجها به وهو يرجع على من دفعه إليه ، وذلك كما إذا قبض مهر الكبيرة أحد بدون توكيل منها .

ويترتب على أن المهر بعد العقد خالص حق الزوجة أن لها أن تصرف فيه بجميع أنواع التصرفات المجازة لها شرعاً شأن كل مالك في ملكه فلها أن تشتري به وتبيعه وتهبه لأجنبي أو لزوجها .

ضمان المهر

إذا قبضت الزوجة كل مهرها عند إنشاء العقد فقد استوفت حقها وبرئت منه ذمة الزوج وإذا لم تقبض وقت العقد كل مهرها أو قبضت بعضه ولم تقبض البعض فالمهر بعضه أو كله دين في ذمة الزوج إن كان بما لا يتعين بالتعيين وفي ضمانه إن كان بما يتعين بالتعيين ويجب عليه أن يسلمه إليها . ولها في هذه الحالة إن كانت كاملة الأهلية ولولها إن كانت فاقده الأهلية أو ناقصتها أن تأخذ من الزوج رهناً للاستيناق من حصولها على حقها تستوفي منه مهرها عند امتناعه عن دفع المهر لها وتعذر الاستيفاء منه وتكون هي أحق بالرهن من غيرها حتى تستوفي منه مهرها كما أن لها أن تأخذ من زوجها كفيلًا وفي وثيقة

الزواج الرسمية التي هي معدة لإثبات عقد الزواج سطر معد لإثبات الكفالة في المهر أو النفقة أو فيهما معا إن وجدت . ويحصل كثيرا أن يكفل الزوج أبوه أو جده أو أخوه أو عمه في مهر الزوجة فإذا كفل الزوج أحد في المهر فالزوجة بالخيار إن شامت طالبت الزوج بأداء مهرها وإن شامت طالبت الكفيل فإن أداه الزوج إليها فقد برئت ذمته وإن أداه الكفيل رجع به على الزوج إن كانت الكفالة بأمره وإذنه وإلا فلا رجوع وإذا كان الكفيل أبا الزوج والزوج كبير فإن كانت كفالة الأب ياذن الزوج رجع بما أداه إليه وإلا فهو متبرع بما أداه فلا يرجع به عليه .

أما إذا كفل الأب ابنه الصغير الفقير فليس له الرجوع عليه بالمهر الذي أداه عنه إلا إذا أشهد عند أدائه أنه أداه ليرجع به عليه وذلك لأن العادة مجارية بأن الآباء يدفعون مهر أبنائهم الفقراء فهي قرينة تبرع الأب بما ضمن فإذا أراد خلاف المعتاد فلا بد أن يشهد على ذلك . ولو مات والد الصغير الفقير قبل أن يدفع المهر الذي ضمنه لزوجته فلزوجة أخذه من تركته ولباق الورثة الرجوع به في نصيب الصغير من ميراث أبيه . وإذا لم يكفل الأب ابنه الصغير في مهره فليس للزوجة مطالبة الأب به لأنه ليس مدينا ولا كفيلة لكن إذا كان الصغير غنيا فلزوجة مطالبة أبيه بأن يدفع لها مهرها من مال الصغير المشمول بولايته وإن لم يضمن .

والكفالة عقد كسائر العقود تتم بالإيجاب والقبول فإذا كفل الزوج غيره في مهر زوجته فلا بد لصحة الكفالة وتقاضاها من قبول الزوجة لها في مجلس إيجابها إن كانت كاملة الأهلية أو قبول وليها إن لم تكن كذلك وإذا كفل الزوج في المهر أبو الزوجة قامت عبارته مقام إيجابه وقبولها للماله من الولاية عليها .

هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه :

إذا هلك المهر في يد الزوجة بعد قبضه فهو ملكها وهلاكه عليها لا ترجع على الزوج بشيء . وكذلك إذا استهلكته هي أو استهلكه غيرها كان ضمانه على من استهلكه .

أما إذا هلك في يد الزوج قبل أن يقيضه الزوجة منه فهو ضمان للمهر أو قيمته سواء أهلك من نفسه أم بفعل الزوج إلا إذا كان هلاكه بفعل من الزوجة فإنها باستهلاكه تعتبر مستوفية له . وإذا كان هلاكه بفعل أجنبي فضمانه على من استهلكه والزوجة بالخيار إن شأت ضمنّت هذا المستهلك وإن شأت ضمنّت زوجها وهو يرجع على المستهلك بما آذاه .

وأما إذا استحق المهر بأن تبين أن المنزل المسمى مهرًا ليس ملكًا للزوج بل هو ملك غيره فسواء أكان ثبوت استحقاقه قبل القبض أم بعده فالزوج ضامن للمهر أو قيمته . وإذا استحق بعضه كله أو نصفه فكان المهر من الثلثات أخذت الزوجة الباقي ورجعت على الزوج بمثل المستحق . وإن كان من القيميات كنزل مثلاً خیرت الزوجة بين أن تأخذ الباقي وقيمة المستحق من الزوج ونصهر شريكه مع المستحق . وبين أن تأخذ قيمة المسمى كله وترك الزوج الباقي منه ليكون هو شريك المستحق لأنها لا تجبر على شركة في مهر ما قد لا ترضاها .

قضايا المهر

قضايا المهر والمنازعات بشأنه بين الزوجين أو ورثتهما ليست بمجسورة في مسائل معينة فقد يكون النزاع في أن المهر المستحق بإطلاق كل المسمى أو نصفه وقد يكون النزاع في مقدار مهر المثل ما هو . وقد يكون النزاع

في أن صيغة الكفالة المدونة بالعقد تناول المهر أولاً فتناوله إلى غير ذلك من صور المنازعات ولكن فقهاء الحنفية اقتصروا في هذا البحث على ذكر قضايها أربع :

الأولى : إذا ادعت الزوجة بعد الدخول بها حقيقة أن مهرها كله باق في ذمة زوجها وأنها لم تقبض شيئاً من مقدم صداقها والزوج ينكر ذلك فإنه لا تسمع هذه الدعوى لأنها مكذبة بالظاهر إذ الغالب أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد قبض مقدم صداقها أو شيء منه . فإن ادعت أن الباقي لها بذمة الزوج بعض المقدم لا كله فإنه تسمع دعواها . وإن ادعى الزوج أنه أو فاما جميع مقدم صداقها فعليه إثبات ذلك . والمرجع في أن الظاهر يكذب دعواها أولاً يكنبها إلى العرف .

الثانية : إذا ادعى أحد الزوجين أنه سمي في العقد مهر تسمية صحيحة وأنكر الآخر حصول تسمية قالينة على من ادعى التسمية والأمين على من أنكرها فإن أقام المدعى اليانة قضى بالمسمى الذي ادعاه وإن عجز عن إقامة اليانة وطلب تحليف المنكر وجهت إليه الامين فإن نكل عن الحلف حكم عليه بسبب نكوله لأن النكول بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعى وإن حلف أنه لم تحصل تسمية حكم برفض دعوى المدعى ويكون الواجب حينئذ مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلي لكل زواج لم يثبت حصول تسمية للمهر فيه على ألا ينقص مهر المثل الواجب عما ادعاه الزوج إن كان هو مدعى التسمية ولا يزيد عما ادعته الزوجة إن كانت هي مدعية التسمية لأن ادعاء كل منهما مسمى مبيتاً بعد رضا منه به . فالزوج راض بأنه يزيد مهر المثل إلى ما ادعاه والزوجة راضية بأن ينقص إلى ما ادعته .

وطبقاً للأحكام السابقة في المهر يكون الواجب مهر المثل إذا كان النزاع في حالة تستحق فيها الزوجة المهر بتمامه بأن كانت الزوجية الصحيحة قائمة أو حصلت فرقة ولكن بعد وجود ما يؤكد وجوب المهر بتمامه من دخول حقيق أو حكمي .

وأما إذا كان النزاع بعد الفرقة وقبل وجود واحد من مؤكيدات وجوب المهر بتمامه فإنه إذا حلف المنكر ترفض الدعوى ويكون الواجب المتعة لأنها هي التي تقوم مقام نصف مهر المثل على ألا تنقص عن نصف ماسماه الزوج إن كان هو المدعى ولا تزيد على نصف ماسمته الزوجة إن كانت هي المدعية .

هذا إذا كان النزاع في أصل التسمية بين الزوجين أنفسهما ومثله ما إذا كان النزاع بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما وهذا قول الصاحين وعليه الفتوى .

وخالفهما الإمام أبو حنيفة فيما إذا كان النزاع بين ورثتهما وطال العهد بموت الزوجين وموت أقرانهما فقال إنه في هذه الحال لا يمكن معرفة مهر المثل حتى نوجه وبناء على قوله هذا إذا حلف المنكر ترفض دعوى المدعى ولا يقضى بشئ لا بالمسمى لعدم ثبوته ولا بمهر المثل لعدم معرفته فإن لم يتقدم عهد موتهما وأمكن معرفة مهر المثل فالإمام وصاحبه متفقون على وجوبه بعد الحلف .

الثالثة : إذا اختلف الزوجان في قدر المسمى بأن أدعت الزوجة أن المهر المسمى مائة جنيه وادعى الزوج أنه ثمانون فقال الإمام أبو يوسف إن الزوجة تدعى الزيادة والزوج ينكرها فإن أثبت ما أدعت قضى لها به وإن عجزت وطلبت يمين الزوج وجهت إليه اليمين فإن تكلم قضى بما ادعته وإن

حلف قضي بالقدر الذى ذكره هو إلا أن يكون قدراً أقل من مهر مثلها بحيث يسفكر عادة أن يسمى لمثلها فيحكم مهر المثل وقال الإمامان أبو حنيفة ومحمد إن كل واحد منهما مدع ومنكر فالزوج يدعى أن مهرها ثمانون وينكر دعواها في زيادة العشرين وهي تدعى عليه بالعشرين وتنكر أن له الحق في إدخالها في طاعته حتى تقبلها وإذا كان كل منهما مدعياً فمن أقام منهما بينة حل دعواه قضي له وإن أقاماً ينتير فإن كان مهر المثل يشهد لإحدى البيتين كانت مرجوحة والينة الأخرى راجحة لأن البيئات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، وقد قال بعض المؤلفين إن في هذا التعليل نظراً لأن كون البيئات شرعت أصلاً لإثبات خلاف الظاهر لا يقتضى أن وجود قرآن وشواهد تضدها يجعلها مرجوحة ويجعل الأخرى التى تكذبها القرآن والشواهد راجحة مع أن الظاهر قد يكون وحده شهادة فكيف إذا تأيد بينه بضعف .

وإذا كان مهر المثل لا يشهد لإحدى البيتين بأن كان أكثر مما قال الزوج وأقل مما قالت الزوجة فلا مرجح لإحدى البيتين المتعارضتين فيسقطان ويقضى بمهر المثل . وإن لم يكن لأحدهما بينة فالقول لمن يشهد له مهر المثل يمينه ، فإن شهد للزوج وجهت إليه اليمين بطلبها ، وإن شهد للزوجة وجهت إليها اليمين بطلبه . فمن نكل قضي عليه بما ادعاه خصمه ، ومن حلف قضي له بما ادعاه ، وإن كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما تماماً ، أى وجهت اليمين إلى كل منهما ليحلف على نفي دعوى صاحبه ، فإن حلفا جميعاً قضي بمهر المثل ، وإن نكل أحدهما قضي عليه بما ادعاه خصمه ويبدأ بتحليف الزوج . والعمل في المحاكم بمذهب الإمام أبي يوسف ، فقد جاء في المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نصه :

(إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالينة على الزوجة ، فإن عجزت

كان القول للزوج يمينه ، إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهرأ لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثه الآخر أو بين ورثتهما .

والذى دعا المشرع إلى الأخذ بقول الإمام أبى يوسف أنه أعدل وتطبيقه أيسر ، لأن تحكيم مهر المثل وترجيح اليقة التى لا يشهد لها قد يكون متعذرا فى بعض الحالات .

الرابعة : إذا أعطى الخاطب مخطوبته ، أو أعطى الزوج زوجته قبل الدخول بها أو بعده شيئا من النقود أو الحلى أو الثياب أو الطعام أو غيرها ، ولم يعين وقت إعطائه أنه هدية أو من المهر ، ثم اختلفا فادعت هى أنه هدية وادعى هو أنه من المهر ، فإن أقام أحدهما بينة على ما ادعاه قضى له ، وإن أقاماهما جميعا رجحت بينتها ، لأنها تثبت خلاف الظاهر ، إذ الظاهر أن المعطى أعطى لىؤدى الواجب عليه ، فإن الإنسان يعمل أولا على تخليص ذمته مما عليه ثم يهدى ويتبرع . وإن عجزا عن إقامة البينة فالقول لمن يشهد له العرف يمينه ، فإن كان العرف جاريا بأن هذا المعطى يعتبر هدية فالقول فيه للمرأة يمينها ، وإن كان لم يتعارف بأنه هدية فالقول فيه للرجل يمينه وإن لم يكن عرف فالقول للرجل يمينه ، لأنه هو المعطى وإليه المرجع فى بيانه على أى وجه كان الإعطاء . لكن إذا كان ما أعطاه مما يستنكر أن يكون مهرأ كطعام مهيا للأكل من سمك أو شواء ونحوه ، فلا يكون القول فيه له ، وتصدق فيه هى يمينها ، لأن الظاهر أن مثل هذا من الهدايا .

وفى كل موضع يثبت فيه أن المعطى مهر سواء أكان ثبوته بالبينة أم بالبين فإن كان هذا المعطى موجودا فى يد الزوجة فهى بالخيار إن شامت احتسبته من مهرها واستوفت ما بقى لها منه وإن شامت ردت واستوفت مهرها كاملا .

وإن كان قد هلك في يدها أو استهلك احتسب عليها بقيمته واستوفت الباقي لها من مهرها إن بقي لها منه شيء .

وإذا عدل الخاطب عن الخطبة بعد أن قدم لمخطوبته نقودا أو حليا أو ثيابا أو طعاما أو غير ذلك فابتين أنه قدمه على أن يكون من المهر يسترده بنفسه إن كان قائما ويسترد مثله أو قيمته إن كان هالكا أو مستهلكا لأنه قدمه على أنه واجب ولم يجب وما تبين أنه قدم هدية يسترده إن كان موجودا على حاله وأما إن هلك أو استهلك فلا يسترد بدله أى شيء وكذلك إذا منع من الرجوع مانع مما يمنع رجوع الواهب في هبه .

أوجب الشارع المهر في الزواج على الزوج لزوجته تطليما لشأن المرأة وصونا لها عن الابتذال والإظهار شرف المحل ولم يوجه الشارع في مقابل جهاز تعدد الزوجة لتزف به زوجها فالمهر ملك خالص للزوجة ليس لغيرها فيه شيء وهي وحدها التي تملك التصرف فيه كيف تشاء . وإعداد البيت ليس واجبا على الزوجة بل ذلك واجب على الزوج فهو المزمع بإعداد مسكن الزوجية من فرش ومتاع وأدوات منزلية وغير ذلك مما يتطلبه المنزل لأن ذلك من النفقة الواجبة عليه كالطعام والكسوة والمسكن . وعلى ذلك فلو زفت المرأة إلى زوجها بدون جهاز أو بجهاز لا يتناسب مع المهر الذي دفعه الزوج فليس له أن يطالبها أو يطالب وليها بجهاز كما أنه ليس له أن يطالب أحدهما بتنقيص شيء من المهر الذي دفعه ولو كان قد بالغ في المهر رغبة في كثرة الجهاز أو جودته . ومع أنه لا يجب شرعا على الزوجة الجهاز ولا يلزمها زوجها بذلك إلا أن العادة المستمرة قديما وحديثا جرت بأن المرأة لا تزف إلا بحصة من جهازها . والمتعارف بين الناس أن أهل الزوج يتفقون

أكثر من مهرها في سبيل إعداد جهازها وما يلزمها . فإذا زفت المرأة إلى زوجها بجهاز فهو ملك لها وليس لزوجها فيه أى شيء فلا يحق له أو لغيره الانتفاع به إلا بإذنها ورضاها حتى إذا طالبا الزوج باستعمال الجهاز في مسكن الزوجية ولم ترض بذلك فليس له إجبارها لأن الزوج كما تقدم هو المزمع بإعداد مسكن الزوجية فإذا استعمل الزوج جهاز زوجته بدون إذن منها كان غاصبا له وللزوجة استراد ما دام موجودا في يده وإن كان هالكا أو مستهلكا رجعت عليه بمثله أو قيمته أما إذا دفع الزوج لزوجته مالا في نظير إعداد الجهاز أو نوع خاص منه فإن كان المال الذى دفعه منفصلا عن المهر وقد اشترك صراحه ما ذكر أو جرت العادة بذلك فإنه يجب على الزوجة أن تعد الجهاز تنفيذا للشرط أو لما جرى به العرف لأن المتعارف عرفا للشرط نصا وإن لم تعد الجهاز وزفت إلى زوجها بدونها فللزوجة أن يطالبا بالمال الذى دفعه إليها لأنه مقابل بالجهاز على ما يقتضيه الشرط أو العرف فيكون هبة بعوض فله أن يرجع عليها حتى لو سكنت الزوج بعد الزفاف ولم يطلب جهازا علم أنه دفعه تبرعا بلا عوض فلا يرجع عليها بشيء . وإذا لم يكن المال مستفصلا عن المهر بل زيد في المهر في نظير جهاز مخصوص أو رغبة في كثرة الجهاز فقد اختلف فقهاء الحنفية فقليل إن لم تقم الزوجة بالجهاز أو بالجهاز المخصوص وجب مهر المثل ولا يزيد عن المسمى لأن الزوج لم يرض بالزيادة في المهر إلا في مقابل الجهاز فإذا لم يتحقق الجهاز المطلوب انعدم رضاه بالزيادة عن مهر المثل كما إذا سمى الزوج في العقد أكثر من مهر مثلها نظير أن يوجد في الزوجة وصف مرغوب فيه كالبكارة فإن تحقق الوصف فيها وجب المسمى وإلا كان الواجب مهر المثل . وقيل لا تلزم الزوجة بالجهاز ويجب المهر المسمى كله بدون تنقيص شيء منه لأن المهر مهما أكثر حق خالص

لها وليس في نظير جهاز قال تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قسطا فلا تأخذوا منه شيئا » .

تجهيز الأب ابنته :

الأب إما أن يجهز بنته من مهرها أو من ماله هو . فإن جهزها بمهرها كله فلا تطالبه بشيء لأنها استوفت حقها بتجهيزها بالمهر كله . وإن جهزها ببعض مهرها فلها أن تطالبه بما بقي لها منه ويجبر على دفعه لها لأن المهر ملكها لاحق لأحد فيه . وإن جهزها من ماله وصرح وقت الشراء أو حين تسليمه إياها أن الجهاز ملكها فهو متبرع بالجهاز والتبرع لا يفيد الملك للتبرع له إلا بقبض المتبرع به فإن كانت البنت البالغة عاقلة فلا تملك الجهاز إلا بقبضه وإن كانت صغيرة أو في حجبها ملكته بمجرد شراء الأب الجهاز لها لأن يده قاعة مقامها لكونها مشغولة بولايته على النفس والمال .

ومتى ملكت البنت الجهاز بالقبض أو بشراء الأب لا يجوز للأب ولا لأحد من ورثته بعد موته أن يسرق هذا الجهاز ولا أخذ شيء منه إلا برضاها لأنها ملكته بالقبض أو بالشراء شأن الهبة .

وإذا كان شراء الأب جهاز الصغيرة أو من في حجبها من ماله تبرعا وكذلك تجهيز الأب الكبيرة البالغة العاقلة وقبضها إياه منه فإنه تبرع . فتطبق عليه أحكام التبرعات فإن كان الأب في حال صحته وقت ملك البنت الجهاز نفذ تبرعه بالجهاز بدون توقف على أجازة أحد بقطع النظر عن كون الجهاز مساويا لثالث ماله أو أكثر أو أقل شأن كل تبرع في حال الصحة فلو بقي شيء من ثمن الجهاز على الأب لباعه كان هذا الباقي ديناً في ذمة الأب يطالب

به في حياته ويستوفي من تركته بعد وفاته قبل قسمتها بين الورثة كسائر الديون
ثم يقسم الباقي من تركته على ورثته .

وإن كان الأب مريضا مرض الموت وقت تملك الجهاز للبنت توقف
فأذا تبرعه بالجهاز فيما زاد عن ثلث ماله على أجازة باقى الورثة أما بالنسبة
لثلث أو الأقل منه فلا يتوقف تناذه على إذن أحد ، وذلك لأن التبرع في
حال مرض الموت يأخذ حكم الوصية وهى ثلث المال فأقل تناذه بلا توقف
على أجازة أحد وفيما زاد عن ذلك يتوقف تناذها على أجازة الورثة بدون
فرق في ذلك بين كون المتبرع له وارثا للتبرع أو غير وارث طبقا لقانون
الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

الاختلاف في متاع البيت :

متاع البيت هو ما يتنفع به في بيت الزوجية فيشمل الجهاز وغيره من
الأدوات المنزلية . وإذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية أو بعد الفقرة
بينهما في أثاث المنزل الذى يسكنان فيه سواء أكان المنزل ملكا لهما أم لأحدهما
أم لغيرهما وسواء أكان الأثاث الذى يتنازعان على ملكيته مما يصلح للرجال
والنساء كالأواني والأسرة والمفروشات أم مما يصلح للرجال فقط كأدوات
العبادة والزوج طيب وآلات الرسم والزوج مهندس أم مما يصلح للنساء فقط
كالخلى وأدات زينة النساء والنياب الخاصة بين قادمى كل من الزوجين أن
الأثاث ملكه اعتبر كل منهما مدعيا فإن أقام أحدهما البينة على دعواه حكم له
بمقتضاها إذ لا معارض لبينته وإن أقام كل منهما بينة رجحت بينة من ثبتت
خلاف الظاهر . والظاهر هنا عبارة عن صلاحية المتنازع فيه لإيهما فإن كان
يصلح للزوجة فقط رجحت بينة الزوج وحكم له بدعواه ، وإن كان يصلح
لها سقطت البينتان لتمرضهما وعدم وجود مرجح لإحدهما على الأخرى

وحقنذ قالقول قول الزوج يمينه لأنه صاحب اليد على البيت وما فيه وهذا ظاهر يؤيد ويشهد له والقول لمن يشهد له الظاهر يمينه فإن حلف الزوج بأن الشيء المتنازع عليه ملكه وليس ملكا للزوجة حكم له وإن نكل عن اليمين حكم للزوج لأن المقرر أن النكول عن اليمين إقرار بالحق أو بطله .

وإذا لم يكن لأحدما بيتة فما يصلح للرجال فقط حكم به للزوجة يمينه وما يصلح للنساء فقط حكم به للزوجة يمينها ونكول أيها عن اليمين إقرار بدعوى الآخر فيحكم له . وإن كان الشيء المتنازع عليه يصلح للرجال والنساء فقد اختلفت فقهاء الحنفية فذهب الإمامان أبو حنيفة ومحمد إلى أن القول فيه للزوج يمينه لأن المسكن مسكنه وكل ما فيه تحت يده المتصرفه وهذا ظاهر يؤيده ويشهد له فيحكم له . وقد يعترض على هذا بأن ما يصلح للزوجة فقط هو أيضا تحت يد الزوج وفي تصرفه فكان مقتضى هذا أن يكون فيه القول له يمينه لأن الظاهر يشهد له أيضا ويحجب عن هذا بأن الظاهر الذي يشهد للزوج معارض بظاهر آخر أقوى منه وهو صلاحية الشيء المتنازع عليه وهي تدل على أن الزوجه هي التي تستعمله دون الزوج فيكون غلباها ولهذا كان القول فيه عند المعجز عن إقامة البيت .

وذهب الإمام أبو يوسف إلى أن القول للزوج في مقدار ما يجهز به مثلها عادة عن الأغنياء الصالحة لها عملا بالعرف والعادة إذ العرف الجاري بين الناس أن الزوجة في الأعم الأغلب لا تنقل إلى منزل الزوجية بدون جهاز . وأما ما زاد عن ذلك فيكون القول فيه للزوج عملا باليد المتصرفه .

فوما ذهب إليه الإمام أبو يوسف هو الأعدل الأرجح لأنه الذي يتفق وما جرى عليه الناس وتعارفوه . وإن كان الاختلاف بين ورثة الزوجين فالحكم هو أيضا ما تقدم في الاختلاف بين الزوجين أنفسهما فإن ورثة كل

منها يقومون مقامه فعند أبي حنيفة ومحمد يكون القول في ذلك لورثة الزوج لما له من قوة اليد على المتاع وملك التصرف . وعند أبي يوسف القول لورثة الزوجة فيما يجهز به أمثالها عادة وإن كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر فالرأى عند أبي يوسف ومحمد هو رأيه فيما تقدم . أما الإمام أبو حنيفة فقال إن كان الموجود هو الزوج كان القول قولها في ذلك لأنها في حال حياة الزوج معها كان لها يد على المتاع غير أنها كانت مغلوبة يد الزوج فلما مات الزوج أصبحت يدها ظاهرة على المتاع فيكون القول قولها في ذلك ولا يكون لورثة الزوج فيه شيء .

وإلى هنا ينتهي الكلام في عقد الزواج حسب المنهج المقرر بالنسبة للمسلمين . ويبقى الكلام بعد ذلك بالنسبة لعقد الزواج عند غيرهم لأنه ضمن المنهج المقرر .

أحكام زواج غير المسلمين

تمهيد:

زواج المسلم بغير المسلمة جائز شرعاً متى كانت كناية كاليهودية والمسيحية سواء أكانت ذمية أم مستأمنة أم حرة وزواجه بها كزواجه بالمسلمة في جميع الشروط والأحكام إلا في موضعين .

١ — أنه يصح العقد على الكناية بشهادة شهود غير مسلمين على ما هو المعتاد سواء أكانوا من أهل دينها أم لا . أما العقد على المسلمة فلا يصح إلا بشهادة المسلمين .

٢ - الميراث فإنه إذا كانت زوجة المسلم كناية ومات أحدهما فلا يرثه الآخر لاختلاف الدين المانع من الميراث .

ولا يجوز للمسلم أن يتزوج بغير كناية سواء أكانت مشركة أم ملحدة كما لا يجوز للسنة أن تتزوج بغير مسلم .

وزواج غير المسلمين بعضهم ببعض جائز سواء أكان الزوجان من دين واحد أم كانا من ديتين مختلفين أم كان كلاهما أو أحدهما من غير أهل الديانات السابوية كالشركيين والملحدين فيجوز للكتابي أن يتزوج بمشركة أو ملحدة كما يجوز للكناية أن تتزوج بمشرك أو ملحد .

هذا وزواج غير المسلمين بعضهم ببعض له في بعض المواطن أحكام خاصة هي موضوع الكلام هنا :

(١) عقود زواج غير المسلمين من حيث الصحة وعدمها وما تصير إليه بالإسلام أو التراجع إلى القضاء .

المبادئ العامة التي بنى عليها الفقهاء أحكامهم على هذه العقود هي :

١ - إن أهل الذمة . وهم الذين رضوا للمقام مع المسلمين في دار الإسلام والخضوع لأحكامه ونظامه ، لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم . .

٢ - إن أهل الذمة ، يتركون وما يدينون ، فلا يتعرض لهم في عباداتهم وشعائهم وكل ما يعتقدونه ديناً لهم إلا أن يكون شيئاً قد استثنى من عهد فتمهم . .

٣ - أن المولى عليه عند العلماء أنهم مكلفون بأحكام الإسلام في المعاملات وملزمون بمقتضى العهد بمراعاة هذه الأحكام إلا ما استثنى كتابهم في الحر والخزير .

٤ — أن عقود الزواج من المعاملات غير أنها ليست معاملات بحته بل فيها معنى العبادة من حيث أن الزواج من سنن الإسلام التي حث عليها ووجب فيها .

وقد اختلف النظر في هذه المبادئ أو في بعضها فقهاء الحنفية يتفقون في أشياء ويختلفون في أخرى مما يحكم به على عقود زواج غير المسلمين وما يفصل به بين المتخاصمين منهم في قضايا الزوجية .
فما اتفقوا عليه هو ما يأتي .

الأول : أنه لا يتعرض لهم فيما يحبرونه من عقود الزواج ولو وقعت فاسدة أو باطلة كما لا يتعرض لهم في عباداتهم لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون فلا يتدخل بينهم ما داموا باقين على ديانتهم ولم يلتزموا إلى القضاء الإسلامي في خصومات الزوجية ولا ترفع عليهم دعاوى الحبسة للتفريق بين الزوجين في العقود الفاسدة أو الباطلة كما ترفع على المسلمين إلا أن تكون متضمنة لإبطال حق لمسلم أو تكون مخالفة لنظام الشريعة العام الذي كانت عليه الشرائع السابوية السابقة فإذا كانت عقودهم متضمنة لشيء من ذلك فإنه يجب التدخل فيها لدفع هذه المخالفات ولو لم يكن منهم تراض إلى القضاء وذلك في مثل ما يأتي :

(١) أن يتزوج الرجل بكتانية كانت متزوجة بمسلم وفارقها ولا تزال في العدة منه فلا يمكن من هذه الزوجية مراعاة لحق المسلم في وجوب العدة وعدم اختلاط النسب كما لا يمكن غير المسلم من التزوج بمسلمه لا تزال في عدة الغير .

(ب) أن يطلق الرجل زوجته ثلاثاً ثم يعاشرها معاشرة الأزواج من غير عقد أو يفقد عليها قبل أن تزوج بزواج آخر .

(ج) أن يخالفها ثم يباشرها من جديد .

في هذه الأحوال يجب التدخل للتفريق بين الرجل والمرأة ولا يتوقف ذلك على تراضٍ منهما أو من أحدهما إلى القضاء لأن هذا العمل يخالف للنظام العام في الإسلام وهو أيضاً يخالف لما كانت تقرره الديانات الأولى من أن الطلاق يحرم المرأة على زوجها .

فإذا كانت عقودهم لا تتضمن إبطال حق المسلم ولا تخالف النظام العام في الإسلام وفيما سبقه من الأديان فلا يجوز التعرض لهم فيها . ولو كان أحد الزوجين محرماً للآخر كنزوح المجوسى بأخته أو حمته فإن هذا وإن كان مخالفاً للنظام العام في الإسلام فهو غير مخالف لما كانت عليه الديانات السماوية .

الأولى : إذا كان الرجل يتزوج بخته وأخته .

الثاني : مما اتفق عليه الفقهاء أنه إذا تراض غير المسلمين إلى القضاء الإسلامي وطلبوا الفصل في عقود الزواج على حسب ما يقضى به الإسلام فإنه يحكم بفساد الفاسد وبإبطال الباطل كما يحكم بذلك بين المسلمين .

الثالث : إذا تراضوا يطلبون الفصل في شيء من خصومات الزوجية على حسب ديانتهم فلا يجوز للقاضي المسلم أن يحكم بينهم إلا بحكم الإسلام .

الرابع : أن كل عقد يعتبره المسلمون صحيحاً فيما بينهم لاستيفائه الشروط اللازمة للصحة فإنه يعتبر صحيحاً إذا أجرى بين غيرهم لاستيفائه تلك الشروط فلا يحتاجون إلى تجديد عقودهم إذا أسنوا خلافاً لما نقل عن الإمام مالك ابن أنس رحمه الله .

أما إذا كان غير صحيح بالنسبة إلى المسلمين فهل يعتبر كذلك بالنظر إلى غيرهم تطبيقاً للبدا الأولى (لهم مالنا وعليهم ما علينا) أو يعتبر صحيحاً لهم

مق كانوا يدينون بصحته نظراً إلى المبدأ الثاني (أمرنا بتركهم وما يدينون)
في ذلك تفصيل كما أن فيه اختلاف العلماء وكذلك التفصيل والخلاف موجود
في المسائل الآتية :

١ - إذا تراض الزوجان غير المسلمين أو تراض أحدهما إلى القضاء في
شأن من شئون الزوجية المترتبة على عقد أجريه فاسداً أو باطلا فهل للقاضي
أن ينظر أولاً في هذا العقد ليحكم فيه بالفساد أو البطلان نظراً إلى المبدأ
الأول أو يقتصر على موضوع القضية فلا يتعرض للعقد نظراً إلى المبدأ الثاني .

٢ - إذا أسلم الزوجان أو أحدهما وقد كان عقدهما فاسداً أو باطلا
فهل يقران عليه أو يفرق بينهما .

فأما عن المسألة الأولى وهي العقود غير الصحيحة بالنسبة للمسلمين لكن
غيرهم يدين بصحتها فهل يحكم عليها بالصحة أو بعدمها قال الإمام زفر إنه
يعتبر فيها ما يعتبر في عقود المسلمين على سواء فكل ما يعتبر فاسداً من عقود
المسلمين يعتبر فاسداً إذا أجراه غيرهم كذلك وذلك كالعقد بدون شهود فإنه
فاسد عند المسلمين فيكون كذلك عند غيرهم وذلك تطبيقاً للمبدأ (لهم
ما للمسلمين وعليهم ما عليهم) ولأنهم مكلفون بمراعاة أحكام الإسلام في
المعاملات ومنها عقود الزواج غير أنه لا يتعرض لهم فيما يدينون به من ذلك
لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون .

وذهب الإمامان أبو يوسف وعبد الله إلى أنه إذا كان عقدهم يعتبر باطلاً
إذا عقده المسلمون فهو باطل أيضاً بالنظر إليهم وكذلك إذا كان فاسداً فاسداً
متفقاً عليه بين الفقهاء فهو فاسد بالنظر إليهم وذلك كزوج أحدهم بامرأة قبل
انقضاء عدتها من فراق زوج غير مسلم لكنه لا يتعرض لهم ماداموا يدينون
بذلك إلا في الأحوال التي تقدم ذكرها .

أما إذا كان فساد العقد غير متفق عليه فلا يعتبر فاسدا بالنظر إليهم وذلك كالزواج بنغير شهود فإن من فقهاء الإسلام من يقول بصحته وما دامت عقودهم قد صادفت قولا بالصحة ولو كان ضعيفا فإنها تعتبر صحيحة .

أما الإمام أبو حنيفة فذهب أوسع المذاهب إذ هو يقول إن زواجهم بنغير شهود يعطى حكم الصحة وذلك لما يقوله صاحبه . أن الشهادة ليست من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء ولأنه شرط لا يراعى إلا في حالة ابتداء الزواج ولا ينافي انعدامه حالة البقاء ومتى كان انعدام الشهادة لا ينافي مع الزوجية من بعض الوجوه فلا يلزم اعتباره شرطا في زواج غير المسلمين وكذلك يعطى حكم الصحة عند أبي حنيفة تزوج الرجل بامرأة قبل انقضاء عدتها من فرقة زوج غير مسلم لأن تخلف شرط انقضاء العدة لا يترتب عليه إبطال حق البغير مادام الزوج الأول لا يدين هو وأهل ملته بهذا الشرط كما هو موضوع الكلام ولأن تخلفه لا ينافي الزوجية في حالة البقاء والاستمرار فإن المرأة قد تجب عليها العدة وهي زوجة بعقد صحيح ويجب على زوجها أن يتجنب مخالفتها ما دامت هذه العدة قائمة وذلك إذا خالطها غير الزوج بشبهه ومتى كانت العدة لا تنافي الزوجية ولو من بعض الوجوه فلا يكون عدها شرطا لازما في صحة زواج غير المسلمين . ويعطى حكم الصحة عنده أيضا تزوج الرجل بمحرمة وتزوجه خمس نسوة في عقد واحد وجمعه بين أختين كذلك . وهناك نقل عن أبي حنيفة بالقول بعدم الصحة في ذلك لمخالفته للنظام العام . أما غير ذلك مما فيه إبطال لحق مسلم أو مخالفة لنظام الإسلام العام مما كانت عليه الديانات الأولى فإن الإمام أبا حنيفة يقول فيه بعدم الصحة ووجوب التفريق بين الزوجين وإن لم يترافعا إلى القضاء .

المسألة الثانية :

إن حكم أئمة الخفية على مصير تلك المقود يتناسب في أغلب الأحوال مع ما اعتبروه لها من الصحة والفساد أو البطلان .

فالإمام زفر يقول : إذا تراخ الزوجان أو أحدهما إلى القضاء في أى شأن من الشئون الزوجية فإنه يجب النظر في العقد ليحكم فيه بالصحة أو الفساد أو البطلان على حسب حكم الإسلام فيفرق بين الزوجين إذا ثبت أن الزواج كان بغير شهود أو في العدة من زوج آخر مسلم أو غير مسلم أو تين أن الزوج محرم للزوج وهذا في كل حال سواء أكلن موضوع القضية هو العقد نفسه أم كان شيئاً آخر من أحكام الزوجية كالطاعة والنفقة وما إلى ذلك . وكذلك إذا أسلم الزوجان أو أسلم الزوج وحده فإنهما لا يقران على البقاء في زواج كان قد عقد عقداً فاسداً أو باطلاً .

ومذهب الصاحين أنه إذا تراخ الزوجان كلاهما أو أحدهما في أى شأن من شئون الزوجية أو أسلم كلاهما أو أسلم الزوج وحده فإنه يفرق بينهما متى كان العقد باطلاً أو فاسداً فساداً متفقاً عليه بين العلماء وذلك كزواج المحارم والجمع بين الأخنتين والزواج بالمرأة قبل انقضاء عدتها من فرقة زوج آخر إذا كان التراخ أو الإسلام قبل انقضاء العدة فإذا كان ذلك بعد انقضائها فلا يفرق بينهما . أما إذا كان فساد العقد غير متفق عليه كالزواج بغير شهود فإنهم يقرون عليه ولا يفرق بين الزوجين من أجله لأنه وقع صحباً في بعض الأحوال وإن كان مرجوحاً وهذا يتفق وما قرره زفرو والصاحبان في العقد أى أن كلا حكم بينهما ومذهب الإمام أبى حنيفة أنه إذا تراخ الزوجان جميعاً أو أسلم كلاهما أو أحدهما فلا يفرق بينهما متى كان فساد العقد لتخالف شرط

غير متفق عليه أو غير معتبر في حالة البقاء اعتباره في حالة الابتداء وذلك كالزوج بدون شهود أو قبل انقضاء المدة من زوج غير مسلم ولو كان الترافع أو الإسلام في حالة قيام المدة لأن المقد في هاتين الحالتين له حكم الصحة عنده .

إسلام الزوجين أو أحدهما بعد العقد الصحيح :

إذا أسلم الزوجان وقد كان كلاهما أو أحدهما كتابيا أو من غير أهل الديانات السماوية فإنهما يقران على زواجهما سواء أسلما معا أم على التتابع فإن أسلم أحدهما وحده وكان هو الزوج فإنهما يقران أيضا على زواجهما متى كانت الزوجة كتابية لأنه يصح عقد المسلم عليها ابتداء فتبقى زوجة في حالة عروض الإسلام . أما إذا كانت الزوجية غير كتابية أو كانت هي التي أسلمت دون زوجها - كتابيا كان أو غير كتابي - فإنهما لا يقران على الزواج لكنه لا يفسخ الزواج بينهما فوراً بل يعرض الإسلام على من لم يسلم منهما فإن أسلم بقى الزواج بينهما على حاله وأن أبى الإسلام وجب التفريق وكذلك إذا سكنت بعد ما عرض عليه الإسلام لأن السكوت هنا في حكم الإياه غير أنه يستحسن أن يعرض عليه مرتين أخريين للاحتياط والإعذار .

وتفريق القاضي في حالة إياه الزوج يكون طلاقاً باتناً سواء أ كان بعد الفسخ أم قبله فلا يملك مراجعتها من غير عقد جديد وينتقص بهذا الطلاق عند الطلقات التي يملكها على زوجته فلو أسلم بعد ذلك وتزوجها قبل غيره لا يكون له عليها سوى طلقين إذا كانت طالقة التفريق غير مسبوقه بطلاق آخر . ويجب على الرجل ثقة المدة لهذه المرأة إذا كان هناك دخول وكانت هي التي أسلمت لأن المانع من استمرار الزواج قد جاء من جهة سبب إياه عن الإسلام وكذلك يقع طلاقه عليها إذا طلقها مرة أخرى وهي في المدة

أما إذا كان التفريق بسبب إياه الزوج عن الإسلام فإنه يعتبر فسخا فلا تستحق المدخول بها فيه نفقه ولا يكون لها شيء من المهر إن كان هذا التفريق قبل المدخول لأن المانع من استمرار الزواج قد جاء من جهتها .
هذا والفرقة بسبب إياه أحد الزوجين عن الإسلام لا تكون بمجرد الإباء بل هي متوقفة على قضاء القاضي فإدام لم يحكم بالفرقة بينهما فإن حكم الزوجية يكون باقيا فلم مات أحد الزوجين قبل الحكم فإنه يتقرر بذلك جميع المهر للزوجة أو لورثتها سواء أكان هناك دخول أم لا ولكن لا يرث أحدهما الآخر لاختلاف الدين إذ هو مانع من الميراث وهذا الاختلاف ثابت بمجرد الإباء لا يتوقف على القضاء .

وهكذا الحكم إذا كان من لم يسلم من الزوجين مكلفا بأن كان بالتأ عاقلا فأما إذا كان صغيرا فإن كان ذا عقل يميز به الأديان فإنه يعرض عليه الإسلام فإن أجاب صح إسلامه وبقي الزواج على حاله وإن أبى اعتبر إياه ووجب التفريق وكان ذلك طلاقا باتنا كما في حالة إياه الكبير . وإن كان الصغير يميرا فإنه ينتظر به حتى يعقل ويميز الأديان فيعرض عليه الإسلام فإن كان من أبى الإسلام مجنونا فلا تنتظر إفاقة ليعرض عليه الإسلام لأن ذلك أمر مجهول لا يدري متى يكون بخلاف الصبي غير المميز الذي ينتظر وقت تمييزه لأن حاله عدم التمييز لما نهاية معهودة ويندب في هذه الحالة عرض الإسلام على أبويه إن كانا موجودين وعلى أحدهما إن كان موجودا وحده فإن أسلم أو أحدهما يعتبر الولد المجنون مسلما تبعا لمن أسلم من أبويه سواء أكان هو الأب أم الأم فإن لم يكن أحد من أبويه موجودا أو كانا موجودين وأبى الإسلام لحينئذ يقيم القاضي وصيا على المجنون ثم يحكم بالفرقة ويكون طلاقا باتنا وهذا هو الحكم في الزوج الصغير والزوجة الصغيرة والزوج المجنون والزوجة المجنونة

هذا والولد الناشئ من أبوين مختلفين في الدين يتبع أحسن الأبوين ديناً حتى يصير مكلفاً بالعقل والبلوغ فنقطع تبعيته وإذا كان دون البلوغ ولكنه عيز يعقل الأديان فاختر الإسلام كان مسلماً وإن كان أبواه غير مسلمين وإذا بلغ الولد مجنوناً فلا تنقطع تبعيته الدينية حتى يزول عنه الجنون وبناء على هذا إذا كان الأب مسلماً كان الولد تابعاً له ولو كانت أمه كفاية وإذا كانت الأم مسلمة والأب غير مسلم كان تابعاً لها وذلك إذا كان الزوجان على غير الإسلام ثم أسلمت الزوجة فكل ولد صغير كان لهامته يكون تبعاً لها في الإسلام وإذا ولدت بعد إسلامها وقبل عرض الإسلام على الزوج كان ولدها تبعاً لها وهو ولد زوجة مسلمة من زوج غير مسلم لأن حكم الزوجية باق حتى يحكم القاضي بالفريق .

وإذا أتت بعد التفريق بولد ثابت النسب من ذلك الرجل كان تبعاً لأمه المسلمة لا لأبيه غير المسلم غير أن الزوجية في حالة التبعيه هذه غير قائمة . وإذا كان أحد الزوجين كفاياً والآخر غير كتابي كان الولد تبعاً للكتابي سواء أكان هو الزوج أم الزوجة فإن من يكون أهل ملة لها كتاب سماوى ودين أحسن حالاً من المشترك أو جاحد الأديان .

وإذا كان أحد الزوجين من قوم لم دين سماوى وكتاب وهو يعتقد وحدة الإله ولا يدين بخلق الحيوان وأكل الميتة فهو أحسن حالاً من الذى يدين بذلك ولا يعتقد وحدانية الإله فالولد يتبع من هو أحسن حالاً من الآخر .

النفقة

الحق الثانى من الحقوق المالية التى تجب للزوجة على زوجها النفقة .

تعريفها : من معاني النفقة في اللغة الصرف . يقال أنفق ماله صرفه .
وما ينفقه الإنسان على غيره من تقود ونحوها . وفي الاصطلاح الشرعي
تطلق على الطعام والكسوة والسكنى وقد يطلقها بعض الفقهاء على ما يشمل
الأنواع الثلاثة المذكورة لكنها في العرف الغالب بين الفقهاء اسم للطعام وحده
فهم يقولون مثلاً تجب الزوجة على زوجها النفقة والكسوة والسكنى
فيجعلونها شيئاً آخر غير الكسوة والسكنى .

أسباب النفقة : نص الفقهاء على أن الأسباب التي توجب النفقة على
الإنسان لثلاثة .

(١) الزوجية . (٢) القرابة . (٣) الملك .

فالزوجية سبب في وجوب نفقة الزوج على زوجها والقرابة سبب في
وجوب النفقة على الشخص لأولاده وأقاربه والملك سبب في وجوب النفقة
على المالك لمملوكه . والكلام هنا هو في نفقة الزوج على زوجها .

حكمها الشرعي ودليله : حكم النفقة أنها واجبة للزوج على زوجها جزاء
احتباسها وقصرها نفسها عليه بحكم العقد الصحيح .

وقد دل على وجوبها الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى .
« أسكنوهن من حيث سكنتم من وجعكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن
كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملن » ، وهذه الآية وإن كانت
واردة في المطلقات إلا أنها تدل بطريق الأولى على وجوب النفقة للزوجات .

وأما السنة فكثير من الأحاديث الصحيحة منها ما رواه أبو داود من
قول الرسول عليه الصلاة والسلام في الزوجات « اطعموهن بما تأكلون
واكسوهن بما تكسونهن ولا تضربوهن ولا تضربوهن » ، قد انعقد إجماع

الامة الاسلاميه على وجوب نفقه الزوجه على زوجها لا ينكر هذا ولا يشك فيه أحد .

ومن المعقول أن الزوجه ما دامت بحكم العقد قد قصرت نفسها على زوجها وتفرغت لمواجب حياة الزوجية فإنه يكون واجبا عليه أن يقوم بنفقتها فإن كل من خصص نفسه لنفقة غيره كانت نفقته واجبة عليه كالتقاضى وللمتقى وكل عامل من عمال الدولة فإن نفقتهم واجبة في بيت المال وكالوصى الذى تجب نفقته من المال الذى يعمل بالوصاية فيه والمضارب الذى يسافر للتجارة والعمل فى مال غيره فإن نفقته تكون فى هذا المال تطبيقا للأصل العام (كل من احتبس لحق غيره ومنفعته على من احتبس لأجله) فى واجبة على الزوج فى مقابل ماله من الحق ولهذا تستحق النفقة الزوجية السلبه والكنايه والغنيه والفقيره لأن سبب الاستحقاق وهو الاحتباس متحقق فيهن جميعا . وليس السبب فى استحقاق نفقه الزوجه هو الصلة أو سد الحاجة لأنه لو كان سببا الصلة لما استحقها الزوجه المخالفه فى الدين ولو كان سببا سد الحاجة لما استحقها الزوجه الغنيه .

وتجب النفقه على الزوج الثنى والفقير لأنه بالتقد يثبت له الحق طلبها وتستحق من حين تمام العقد لأنه من حين تمامه ثبت له الحقوق عليها فيجب لها عليه واجبا ما دام لم يفت عليه حقه .

شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب نفقة الزوجه على زوجها ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون عقد الزواج صحيحا فليس على المسلم نفقة فى زواج

فاسد أو باطل .

الثاني : أن تكون الزوجة سالحة لاستمتاع الزوج بها ولتحقيق أغراض الزوجية .

الثالث : ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوج بغير مبرر شرعي وبسبب ليس من جهته .

فإذا تحققت هذه الشروط استحققت الزوجة النفقة على زوجها انحقق سبب وجوبها وهو احتباسها المؤدى إلى المقصود وإذا فقد شرط من هذه الشروط فلا تستحق النفقة على زوجها لفوات الاحتباس الموجب للنفقة الزوجية وعلى ذلك فإن الزوجات اللاتي يجب لهن النفقة هن :

١ - الزوجة البالغة غير المريضة إذا انتقلت إلى بيت الزوجية أو كانت مستعدة للانتقال لكن الزوج لم يطلب منها ذلك فإنها تستحق النفقة

٢ - الزوجة الصغيرة غير البالغة لكنها تصلح لما يصلح له النساء فهي في حكم الكبيرة تستحق النفقة بعد انتقالها إلى بيت الزوج وقبله متى كانت مستعدة لذلك لكن الزوج لم يطلب منها فإنها محتبسة عليه وقد وجد منها التسليم حقيقة أو حكماً . وإن كانت لا تصلح لخدمة البيت والاستئناس فلها النفقة بعد انتقالها إلى بيت الزوج وقرارها فيه برضاه وليس لها نفقة قبل ذلك وهذا على رأى الإمام أبي يوسف وقال الإمامان أبو حنيفة ومحمد ليس لها نفقة إلا إذا كانت تصلح لما تصلح له المرأة الكبيرة .

٣ - إذا مرضت الزوجة بعد انتقالها إلى بيت الزوج أو كانت مريضة حين انتقالها إليه فلا تسقط نفقتها بذلك ولو كان مرضها شديداً يفوت الانتفاع بأغلب ثمرات الزوجية لأنه تحقق بانتقالها شرط وجوب النفقة وهو التسليم ووجودها في بيته فيه قمع له على كل حال . وإذا انتقلت

إلى بيت أبيها مريضة أو كانت ذهبت إليه لبعض الشئون فرضت هناك فلا تسقط نفقتها إلا إذا طامها الزوج إلى العودة إلى بيت الزوجية فلم تنبت إذا كانت تستطيع العودة أما إذا كانت لا تستطيع العودة ولو محمولة فلا تسقط نفقتها بالامتناع ولا تعد ناشزة بذلك . وعلى الجملة فإن الزوج المريضة كالصحيحة في استحقاق النفقة إلا إذا كانت مريضة مرضاً شديداً قبل الزفاف لا يمكنها معه الانتقال إلى بيت الزوجية لأنه يفوت التسليم حقيقة وحكما .

٤ - وتستحق الزوجة النفقة إذا امتنعت من الانتقال إلى بيت الزوج بحق شرعي كما إذا لم يوفها معجل صداقها أو كان يريد نقلها إلى بيت غير صالح للسكنى أو غير مشتمل على المرافق والأدوات الضرورية لبيت الزوجية أو كان مشغولاً بضرتها أو بمن لا تحب مساكنتهم من أهله وكذلك إذا امتنعت من السفر معه وكان يريد لها سفر بعيد وهو غير مأمون عليها فأنها تستحق النفقة في كل هذه الأحوال لأن فوات الاحتباس إنما هو بسبب من جهته هو فلا تعد الزوجة ناشزة .

أما إذا كان فوات الاحتباس بسبب من جهتها أو من أجنبي فلا تستحق فيه النفقة وذلك فيما يأتي :

١ - أن تسافر وحدها أو مع غير محرم لها فتسقط نفقتها لفوات الاحتباس بسبب من جهتها ولأنها عاصية بهذا السفر الذي لا يصاحبها فيه زوج ولا محرم . وإن كان سفرها للحج وكان ذلك قبل انتقالها لبيت الزوج ولم يخرج الزوج معها في هذا السفر فلا نفقة لها باتفاق آئمة للمذهب لفوات الاحتباس بسبب من جهتها وانعدام التسليم حقيقة وحكما . ويستوى في ذلك أن يكون سفرها للحج الفرض وللنقل وأن يكون سفرها لذلك وحدها

أو مع أجنبي أو مع محرم وكذلك الحكم إذا كان سفرها للحج بعد انتقالها إلى منزل الزوجة ولم يخرج الزوج معها لقوات الاحتباس . وقال الإمام أبو يوسف إذا خرجت مع محرم لأداء الحج الفرض كانت لها النفقة التي تستحقها حال الإقامة لأن السفر لأداء الفريضة ضرورة دينية يحتمل معها قوات التسليم أما إذا كان الحج قفلا فلا تستحق النفقة أما إذا خرج الزوج معها فإن لها النفقة بالاتفاق سواء أكان الحج فرضاً أم قفلاً والنفقة الواجبة هي نفقة الإقامة لا غير ، وما زاد عن ذلك فعليها وحدها . وهذا إذا كان سفر الزوج معها من أهلها أو كان كلاهما يريد السفر لأداء الحج . أما إذا كان الزوج هو مريد السفر ودعا زوجته أن تكون معه فإنه يجب عليه نفقتها في حال السفر ولا يجب عليها شيء من النفقة أصلاً .

٢ - الزوجة المحترفة : إذا كانت الزوجة ذات حرفة كالندريس واطمريض ونحو ذلك وكانت عملها يشغلها النهار أو بعضه أو يشغلها الليل أو بعضه ثم تقضى في بيت الزوجية بقية الوقت فلا نفقة لها على زوجها إذا لم يرض باحترافها ونهاها عن الاشتغال بحرفتها فلم تمثل وكذلك لو رضى الزوج بذلك أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل ولم تمتنع لقوات الاحتباس الكامل الذي هو شرط وجوب النفقة ولأن عدم امتناعها عن العمل بعد طلب ذلك من الزوج يكون نشوزاً منها والناشئة لا تستحق النفقة أما إذا رضى الزوج بالاحتراف ولم يمنعها من العمل واستمر على ذلك فلها النفقة لرضاء بالاحتباس الناقص .

هذا هو الحكم الفقهي في احتراف الزوجة لكن العمل الآن في القضاء يختلف فبعض الأحكام جرت على أن الزوجة المحترفة بغير رضا الزوج لا تستحق نفقة وبعضها جرى على استحقاق المحترفة النفقة مطلقاً سواء رضى

الزوج أو أبى وبعضها جرى على أنه إذا تزوج الرجل محترفة ولم يشرط عليها في عقد الزواج الامتناع عن عملها فإنها تستحق عليه النفقة لأن عدم اشتراطه امتناعا عن العمل رضا منه باستمرارها فيه أما إذا شرط عليها في العقد الامتناع ولم تمتنع فلا نفقة لها لقوات الاحتباس بغير رضا منه .

والرأى الذى ينبئ العمل به الآن وقد أصبح اشتغال المرأة أمرا واقعا وضروريا أنه لا يكفي أن يكون مجرد الاحتراف سببا في عدم استحقاق النفقة بل إذا ترتب على الاحتراف فوات المقصود من الزواج للرجل أو أكثره فإن احتراف الزوجة حينئذ يكون مسقطا لنفقتها إذا طلب إليها الزواج ترك العمل ولم تتركه .

أما إذا كان احتراف الزوجة لا يفوت على الرجل شيئا من مقاصد الزوجية أو فوت عليه شيئا يسيرا فإن ذلك لا يقتضى سقوط نفقتها حتى لو نهاها الزوج عن الاحتراف فلم تنته لأنه ما دام المقصود من الزواج قد تحقق فليس هناك ما يستدعى سقوط النفقة لأن الفقهاء قد جملوا النفقة جزاء الاحتباس . والاحتباس ليس مقصودا لذاته بل هو مقصود لتحقيق الغرض من الزواج فإذا أمكن استيفاء الغرض فقد تحقق الاحتباس - أما القول بأن الزوجة المحترفة تستحق النفقة مطلقا سواء أَرْضَى الزوج باحترافها أم لم يرض فإن في ذلك ظلما للزوج وتعديا على حقوقه حيث أوجبنا عليه النفقة في غير مقابل أو في مقابل يسير - ثم كيف نبيح للزوجة أن تعمل وتكتسب وتدخر كسبها لنفسها ومع ذلك تفرض لها على زوجها نفقة وهي غير محبوسة له الحبس الذى كلن الزواج من أجله إنه لا شرع يسوغ ذلك ولا عقل ولا منطقا سليما فإذا اتفق الزوج وزوجته المحترفة فيما يتعلق بالاحتراف كان بها . وإن اختلفا ورفض أو أحدهما الأمر إلى القضاء كلن

طلبها الزوج للطاعة وطلبت هي النفقة فإن الناقض يفرض لها النفقة إذا لم يكن في احترامها تقويت لمقاصد الزوجية فإن كان في الاحتراف تقويت لم يفرض لها نفقة .

٣ — الزوجة المنصوبة : إذا سطا على الزوجة شخص وأخذها كرها وغيبها مدة فلا نفقة لها على الزوج في مدة النصب لفوات الاحتباس بسبب ليس من جهة الزوج وإن لم يكن للزوج اختيار فيه وهذا هو ظاهر الرواية وقال أبو يوسف إن المانع في هذه الحالة من الاحتباس ليس من جهتها وهي مضطرة فيه فتكون لها النفقة . وهذا بالضرورة إذا لم يتبين أن الإكراه كان ظاهريا وأن المرأة كانت راضية باطنا أن تذهب مع من تظاهرت معه بحركة النصب فأما إذا تبين ذلك فلا نفقة لها .

٤ — الزوجة المحبوسة : إذا حكم على الزوج بالحبس في حق لغير الزوج فلا نفقة لها لفوات الاحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه سواء أكان قبل الزفاف أم بعده وسواء أكان الحق ديناً أم غيره وسواء أكانت بماطلة في أداء ما عليها من الحق أم كانت عاجزة عن الأداء حتى لو حبست بمحصن الظلم فلا نفقة لها على الزوج على ما هو المختار للفتوى أما إذا حبست في حق عليها للزوج فلا تسقط نفقتها في القول الصحيح لأن فوات الاحتباس جاء من جهته . وكذلك لا تسقط نفقتها إذا كان الزوج هو المحبوس سواء أكان حبسه في حق لأجنبي أم للزوج نفسها أم كان حبسه ظلماً ولا دخل للزوج فيه .

٥ — الزوجة الناشئة : وهي التي تركت بيت زوجها بغير حق أو أبت الانتقال إليه كذلك ويلحق بهما منعهما الزوج الذي يسكن معها في بيتها من الدخول فيه من غير أن يسبق منها طلب تحويله إلى بيت له .

والنشوز أمر يفوت الاحتباس من جهتها فلا تجب فيه نفقة لها حتى تعود إلى بيت الزوجية أو تمكن الزوج من الدخول في بيتها في الحالة الأخيرة .

والحكم في مذهب الحنفية أن النشوز كما يسقط النفقة في مدته يسقط النفقة المتجمدة السابقة عليه فلا حق لها في المطالبة بها سواء أكانت مفروضة بحكم القاضي أم كان الزوج هو الذي فرضها على نفسه وسواء أكانت تنفق في تلك المدة السابقة من مالها على نفسها أم كانت قد استدانته ذلك من غيرها فلا نفقة لها في جيع هذه الأحوال . أما إذا كانت استدانته بإذن الزوج أو بأمر القاضي فإن ما استدانته لا يسقط بالنشوز .

هذا هو حكم فقه الحنفية وهو ما كان يجري عليه العمل في المحاكم قبل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ لكنه من وقت العمل بهذا القانون جرت المحاكم على أن النشوز لا يسقط النفقة إلا في مدته ذلك لأن المادة (١) من القانون من القانون المذكور قد نصت على أنه (تعتبر نفقة الزوجه التي سلبت نفسها لزوجها ولو حكما دينيا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الاتفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منها ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو بالأبراء فقد قررت المادة أن النفقة التي وجبت للزوجة في ذمة زوجها لا تسقط إلا إذا أداها لايها أو أبرأتها منها ومن مقتضى ذلك ألا تسقط بالنشوز .

هذا وإذا كانت النفقة مفروضة لها من قبل ثم طرأ النشوز ثم عادت إلى بيت الزوجية فإنه يعود إليها منذ عودتها حقها في النفقة على حسب ما كان مفروضا لها من قبل من غير حاجة إلى فرض جديد لأن النشوز لا يسقط الفرض والحكم . وإنما يسقط ما تقرر بذلك الحكم .

تقدير النفقة الزوجية : الأصل في الاتفاق على الزوجة أن الزوج هو

الذى يتولى بنفسه الاتفاق على زوجته فيحضر لها ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ويقدم لها ما فيه كفايتها من الأشياء اللازمة للبعثة وأن يعد لها مسكنا شرعيا . وقد جرت العادة بين الناس قديما وحديثا بأن تقيم الزوجة مع زوجها في مسكن واحد كما جرت عادتهم المستمرة بأن يشترك الزوجان وأولادهما في تناول الطعام مما يوجد في بيت الزوج من غير فرض نفقة للزوجة على زوجها لا بطريق التراضى ولا بطريق التقاضى . فإذا طلبت من القاضى فرض نفقة لها على زوجها في هذه الحالة فلا تجاب إلى طلبها متى ثبت بإقرارها أو بالبينه قيام الزوج بالاتفاق عليها وتسمى هذه الطريقة في الاتفاق على الزوجية طريقه التمكن . وهناك طريقة أخرى تسمى طريقه التملك أى تملك الزوج النفقة لتنفق على نفسها وهى تكون بالتراضى بين الزوجين على تقدير نفقة للزوج أو يقضاه القاضى إذا رفعت الزوجة أمرها إليه وادعت أن زوجها تاركها بلا نفقة بدون حق شرعى وطلبت فرض نفقة لها عليه لتولى هى الاتفاق على نفسها فإذا ثبت دعواها بمصادفه الزوج أو بالبينه الشرعيه فرض لها القاضى النفقة بجميع أنواعها من طعام وكسوة ومسكن وغادم ، فرش وغطاء .

وبراعى في تقدير النفقة بأنواعها أمران :

الاول : حال الزوج المالى حين فرضها فإن كان موسرا فرضت لها نفقة اليسار ولو كانت هى معدمه . وإن كان معسرا فرضت لها نفقة الأعسار ولو كانت هى موسرة . وإن كان متوسط الحال فنفقة الوسط . وهذا هو الجارى العمل عليه الآن فى المحاكم تطبيقا للبادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها (تقدر نفقة الزوج على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوج) وهو مذهب الشافعى وقول صحيح

في مذهب الحنفية . وأما القول الآخر في مذهب الحنفية وهو الذي كان عليه العمل قبل سنة ١٩٢٩ فهو أن النفقة تقدر بحسب حال الزوجين معا فإن كانا موسرين فنفقة اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الأعمار وإن كانا مختلفين فنفقة الوسط ويؤمر الزوج المعسر بأداء ما في وسعه والزائد عليه دين إلى البسرة .

والذي عليه العمل الآن هو الموافق لصريح قوله تعالى في سورة الطلاق « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه سيجعل الله بعد عسر يسرا » وقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » .

الثاني : غلاء الأسعار ورخصها حين الفرض لأن المفروض إنما هو لشراء حاجيات والأسعار تختلف فإذا زادت أسعار الحاجيات عن وقت الفرض أو تحسنت حال الزوج المالية عن وقت الفرض كان للزوجة أن تطلب زيادة نفقتها .

وإذا نقصت الأسعار عن وقت الفرض أو تغيرت حال الزوج المالية إلى أسوأ مما كانت عليه وقت الفرض كان للزوج أن يطلب تخفيض النفقة .

ولا يلزم أن تفرض النفقة شهرية بل يصح أن تفرض يومية إذا كان الزوج من العمال الذين يقتضون أجرهم يوما فيوما وطلب ذلك وأن تفرض أسبوعية أو متوية على حسب ما هو ميسر للزوج وتعطى نفقة أى مدة مقدما حتى تستطيع الزوجة قضاء حاجاتها منها .

والجاري عليه العمل الآن في المحاكم فرض بدل طعامها كل شهر وبدل كسوتها كل ستة شهور على اعتبار أنها تحتاج في السنة إلى كسوتين إحداهما

للصيف والأخرى للشتاء. وبعض القضاة يفرض مبلغا شهريا لطعامها وكسوتها ومسكنها بدون تفصيل مراعى أن ما يفرضه فيه كفايتها فى الأنواع الثلاثة حسب حال زوجها .

وإذا تبين بعد فرض النفقة أن التقدير كان خطأ لا يكتفى الزوجة حسب حال زوجها عدل القاضى المفروض لطعامها وكسوتها تعديلا يتفق وكفايتها مع رعاية حال الزوج .

والمسكن الذى يهتبه الزوج لزوجته ويجب عليها أن تعطيه فيه بحيث إذا امتنعت من الطاعة فيه تعتبر ناشزة .

هو المسكن اللائق لحالة الزوج المالية سواء أ كان منزلا مستقلا أم شقة فى منزل أم حجرة من شقة حسب حال الزوج بشرط أن يكون غالبا من أهله وأهلها وفيه المرافق الشرعية وبين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها . فإذا أعد لها مسكنا مستكلا هذه الشروط فقد قام بما يجب لها عليه .

وليس له أن يجبرها على إسكان أحد معها فى مسكنها من أهله وأولاده من غيرها سوى ولده الصغير غير المميز كما أنها ليس لها أن تسكن معها أحدا من أهلها وأولادها من غيره ولا ولدها الصغير غير المميز . والمقصود من هذا منع إقرار أحدهما بالآخر وتوفير أسباب الراحة لهما .

وإذا كان فى منزل شقق متعددة أو فى دار بيوت متعددة والزوجة تسكن فى أحدها ولزوج قريبات كامه وأخته وبنته تسكن فى الأخرى فليس لها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر إلا إذا آذنها بقول أو فعل . وأما إذا كان فى الشقة الأخرى من المنزل أو فى البيت الآخر من الدار ضربتها

قلها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر بعيد عنها مطلقا لأن مجرد وجود الضرة إيذاء لها .

هذا وإذا كان السكن في ذاته شرعيا بأن كان خاصا مستوفيا لجميع المرافق ولكنه كان مخيفا منقطعا عن الجيران تستوحش فيه الزوجة من سكنها وحدها فإنه يجب على الزوج أن يحضر لها خادما كبيرة أو امرأة أخرى تؤنسها أو ينقلها إلى سكن تطمئن فيه على نفسها ومالها .

وإذا لم يجيء الزوج المسكن الشرعى فرض القاضى عليه بدل سكنها مراعى حاله وأجور المساكن وأمره بأدائه إليها .

وإذا كان الزوج معسرا فلا تجب عليه نفقة خادم لأن الواجب على المعسر نفقة الكفاية وهى تكفى بخدمة نفسها . وإذا كان موسرا وحث عليه نفقة ما تحتاج إليه من خادم أو أكثر حسب يساره وحاجتها متى كان هذا الخادم مملوكا لها ومتفرغا لخدمتها . فلو لم يكن لها خادم مملوك لا يلزمه إحضار خادم يخدمها بل يلزمه أن يحضر لها ما تحتاجه .

نفقة زوجة الثائب : تجب نفقة الزوجة على زوجها متى تحققت شروط استحقاقها بدون حاجة إلى القضاء أو التراضى بين الطرفين ولذا جاز شرطا للزوجة أن تأخذ من مال زوجها بدون علمه وبغير إذنه ما يكفيها لنفقتها متى ظفرت بماله الذى من جنس ما تقدر به النفقة عادة كالنقود والتملأل لحديث هند امرأة أبى سفيان التى جاءت إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام وقالت : يا رسول الله إن أباسفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى لولدى إلا ما آخذ من ماله بغير علمه فقال لها صلى الله عليه وسلم (خذى من ماله المعروف ما يكفىك ويكفى لوليك) وقد نص علماء الحنفية

على أن حكم القاضى على الغائب بنفقة زوجته من باب إعانة صاحب الحق على الوصول إلى حقه لا من باب القضاء ولذا أجازوا للقاضى أن يحكم عليه بنفقة زوجته بناء على علمه فيجوز له أن يفرض للزوجة النفقة على زوجها الغائب إن علم بالزوجة بينهما مع أن القاعدة العامة المقررة فيها أن القاضى لا يقضى بعلمه وإنما يقضى بما ثبت لديه من الأدلة .

والمراد بالغائب من لا يمكن إحضاره إلى مجلس القضاء لمقاضاته وسؤاله عن الدعوى سواء أكان غائبا عن البلد الذى توجد فيه زوجته أم متواريا فيه وسواء أكانت غيبته قرية أم بعيدة (ويعتبر الزوج غائبا غيبة قريه إذا كان فى مكان يسهل وصول قرار المحكمة إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام ومن ليس كذلك يعتبر غائبا غيبة بعيدة .

وإذا كان لهذا الغائب مال من جنس النفقة كالنلال والنقود وكان هذا المال فى يد الزوجة وطلبت فرض نفقه لها فى المال من القاضى ، فرض القاضى لها النفقة وأمرها بأخذ المفروض لها بما فى يدها من ماله .

وإن كان مال الزوج الغائب الذى هو من جنس النفقة وديعة عند أحد أو ديناً فى ذمة أحد وطلبت فرض نفقه لها على زوجها وأمر المودع أو المدين بأداء المفروض لها فإلى كان المودع أو المدين معترفاً بالزوجيه وبالوديعة أو الدين ، فرض القاضى النفقة وأمر المودع أو المدين بأداء المفروض لها لأنه معترف بأن لها حقاً فيما عنده للغائب . وإن كانا غير معترفين بهما أو بأحدهما والقاضى يعلم ما أنكره فرض وأمر بالأداء أيضاً إعانة لصاحبة الحق على وصولها إلى حقها . ولئن كان كل منهما غير معترف بالزوجيه ولا بالوديعة أو الدين ولا علم للقاضى بهما تسمع الدعوى من الزوجيه وتطلب منها اليئنه على ما أنكر . فإن إقامتها قاضى لها بالنفقة وأمر المسكر بالأداء .

وهذا قول زفر المقي به . ووجهه أن القضاء هنا هو بمجرد اثبته سد الحاجة الزوجية ولا ضرر فيه على الزوج لأنه يحتاط لحقه بأخذ كفيل منها بما أخذته وتحليفها اليمين على أنها تستحقه . وله المعارضة بعد عودته ودفع دعواها بما يطلبها .

وقال الإمام أبو حنيفة وصاحبه لا تسمع دعواها على المودع أو المدين عند إنكارهما الزوجية والوديعة أو الدين لأنه ليس واحد منهما خصما في إثبات ما أنكره لأن إثبات الدين أو الوديعة يكون من الدائن أو المودع وإثباتها الزوجية يكون في مواجهة الزوج وإذا لم تكن خصومه فلا تسمع الدعوى .

وفي كل موضع يقضى على الغائب بنفقة لزوجته يحتاط القاضى لحقه بأخذ كفيل من الزوجة يكون ضامنا لما أخذته إن تبين أنها لا تستحقه وبتحليفها اليمين على أنها تستحق نفقه عليه .

والغائب بعد عودته أن يعارض في الحكم ويدفع دعواها بما يطلبها كأن يدعيها بأنها مطلقة ومنقضية العدة أو ماشزة أو أنه ترك لها قبل غيبته ما تنفق منه على نفسها . وإذا أثبت ما دفع به باليمين وتقرر قبول الدفع ونقض الحكم المعارض فيه فله الرجوع على زوجته أو كفيله بما أخذت من ماله بغير حق .

هذا هو الحكم إذا ترك الغائب مالا من جنس النفقة . أما إذا ترك الغائب مالا من ليس النفقة بأن كان ماله عقارات مثلا فلا يباع شيء من عقاراته تنفيذا لنفقها بل تكون نفقتها في أجرة ما يؤجر منها لأن مال المدين لا يباع في دينه عند الإمام مطلقا ولا يباع عند الصالحين إلا إذا امتنع من أدائه وعند الغيبة لم يثبت امتناع .

وإذا لم يترك مالا أصلا لا من جنس النفقة ولا من غيره قضى لها
القاضي بالنفقة وأمرها أن تستدينها وتجب الإداة على من تجب عليه نفقتها
من أقاربها لو لم تكن متزوجة . ولو طلبت تطبيقها منه لإعساره لا تجاب إلى
طلبها طبقا لمذهب الحنفية وهو ما كان عليه العمل في المحاكم الشرعية قبل
صدور القانون ٢٥ سنة ١٩٠٠ سواء أكان الزوج غائبا أم حاضرا لأن اليسر
والعسر ليس أمر ملازما وإنما مال الله غادر وأتمح أما بعد صدور القانون
المذكور فقد أجاز لزوجته النائب طلب التطبيق ويجبها القاضي إلى طلبها في
حالات هي الواردة في المادة الخامسة من القانون المذكور ونصها (إذا كان
الزوج غائبا غيبه قريه فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله
وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا
فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإتفاق عليها طلق عليه
القاضي بعد مضي الأجل) .

فطبقا لهذه المادة إذا كان الزوج غائبا غيبه قريه بحيث يسهل إعلانه
ووصول قرار المحكمة إليه في مدة لا تتجاوز تسعة أيام وطلبت الزوجة من
القاضي تطبيقها على زوجها النائب لأنه ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه
بالنفقة الحاضرة وأثبتت دعواها بالينة الشرعية فإن القاضي يصدر قرارا
بالأعذار إلى الزوج بأنه إذا لم يتم بالإتفاق على زوجته المدعية النفقة
الحاضرة الواجبه لها عليه أو لم يحضر للإتفاق عليها تطلقها المحكمة عليه
وتضرب له أجلا مناسبيا بحسب ما يراه . ويكلف القاضي قلم كتاب المحكمة
بإعلانه بصورة من هذا القرار ويؤجل القضية لتنفيذ ذلك فإذا مضي الأجل
ولم يتم بما كلف به بعد التحقق من وصول الإعلان إليه طلقها عليه القاضي
ويكون الطلاق رجعيا إذا كان بعد الدخول . ويلاحظ أن التطبيق يكون

للاستمتاع عن النفقة الحاضرة أما النفقة المتجمدة عن مدة ماضية فإن الاستمتاع عن أثنائها لا يكون موجبا للتطليق بأي حال من الأحوال . والنفقة الحاضرة لم يقدرها القانون ولا فقهاء مذهب الإمام مالك الذي أخذت منه هذه الأحكام بمقدار معين ولكن جرى عمل المحاكم على تقديرها بنفقة شهر للطعام والسكن وكسوة ستة أشهر معجزة . والحكم المذكور يسرى على المسجون بسجن معلوم بالقطر المصري .

هذا هو الحكم فيما إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبه . أما إذا كان غائبا غيبة بعيدة أو مجهول المخل أو مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى فى الحال بدون إعتار ولا ضرب أجل .

وإذا كان تطليق القاضى بعد دخول الزوج بزوجه فإن الطلاق فى الأحوال المذكورة جميعها يقع رجيا وللزوج أن يراجع زوجته فى أثناء العدة بشرطين .

الأول : أن يثبت الزوج إيساره وقدرته على النفقة الواجبة لها عليه شرعا حسب حاله .

الثانى : أن يثبت استعداده لمداومة الإنفاق عليها فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة كما هو نص المادة السادسة من القانون المذكور فقد جاء بها (تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجيا وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة) .

وقد جرت أحكام بعض المحاكم الاستثنائية على خلاف ما سبق فلم تلغ الحكم بالطلاق مع عرض الزوج على الزوجة نفقة شهر وهى النفقة الحاضرة التى جرت أحكام المحاكم على تقديرها بذلك بل قررت أن الضرر لا يرتفع بعد

ثبوت الأضرار والحكم بالطلاق بفرض نفقه شهر بعد امتناع أشهر والأضرار بالطلاق والقاضي هو الذي يقدر كفاية البسار وعده وحقيقه الاستعداد للإتفاق . حكم محكمة الاسكتيرية الابتدائية الشرعية بتاريخ ٢٥ / ٤ / ١٩٣٩ في القضية الاستئنافية رقم ٢١٩ سنة ٢٨ / ٩٣٩ ، وقد عالج هذا الحكم كل الأحكام الصادرة من المحاكم في مثل هذه الدعوى .

امتناع الزوج عن الإتفاق على زوجته هل يقتضى التطلق .

ليس في أحكام مذهب أبي حنيفة الذي كان يجرى عليه العمل حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ما يبيح تطلق الزوجه من زوجها لامتناعه من الإتفاق عليها مع عدم وجود مال ظاهر له يمكن التنفيذ فيه . وكان في تطبيق مذهب الحنفية ضرر بالزوجات وقد حل ذلك كثيرا من الأزواج الذين لا يقدررون واجبات الزوجية على ترك زوجاتهم بدون نفقه وقد لا تجد الواحدة منهن ما تنفق منه على نفسها فتعرض للشقاء أو السقوط في مهالوى الرذيلة إذا بقيت في عصمة رجل لا هو ينفق عليها ولا يطلقها فتزوج من زوج آخر فكان من الواجب وضع حد لهذا الضرر الذى تأباه الشريعة الإسلامية وذلك بالمدول عن تطبيق مذهب الحنفية في هذا الموضوع والعمل بمذهب الإمام مالك الذى يخير التطلق في هذه الحالة طبقا للسواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون المذكور الذى تضمنت أنه إذا امتنع الزوج من الاتفاق على زوجته وطلبت تطلقها منه لهذا السبب فلا يخلو حاله أمور خمسة .

١ - أن يكون حاضرا بالجلسة المحددة لتظر الدعوى .

٢ - أن يكون غائبا حية قريبه . ٣ - أن يكون غائبا غيه .

٤ - أن يكون مجهولا إلاظه . ٥ - أن يكون مسجورا .

جامعة الأزهر
كلية الشريعة

فقه حنفى
قسم المعاملات
من المقرر على الصف الرابع من كلية الشريعة

جمع وزين
محمد زكريا
الأستاذ المساعد بكلية الشريعة

الطبعة الأولى

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

أما بعد : فلما أسند إلى تدريس مادة الفقه الحنفي لطلبة السنة الرابعة دراسة نصية في كتاب الهداية .

ولما كانت عبارات الكتاب من الدقة وقوة التعبير . بحيث يصعب على الطلاب الاستقلال في فهمها . رأيت أن أسجل المحاضرات التي ألقى عليهم طول العام . . ليسهل رجوعهم إليها ، وفهمهم لها ، واستند كلهم للمعلومات التي درسوها طول العام .

واقه أسأل أن يجعلها نافعة للطلاب إنه مهيب مجيب ؟

ذي القعدة سنة ١٣٨٣ هجرية

مارس سنة ١٩٦٤ ميلادية

كتاب الرهن

مقدماته - إجمال - مسائله

الكلام فيه يشتمل على المسائل الآتية :

مناسبتة لكتاب الصيد ، محاسنه ، سيئه ، تعريفه ، مشروعيته ،
ركنه ، شرط جوازه ، شرط لزومه وتمامه ، وحكمه .

المناسبة : ذكر الفقهاء كتاب الرهن بعد الصيد لأن كلا منهما سبب
لتحصيل المال .

محاسنه : منها حصول النظر للجانبين . جانب الدائن وهو المرتهن الذي
ستبقت له بعقد الرهن يد الاستيفاء على العين المرهونة . وجانب المدين من
من حيث شرعيته فيحصل الأمان لدى الدائن فيعطى الدين . ثم استنباض
الراهن لإداء الدين ليحصل على عين الرهن .

أما سيئه : فهو سبب أنواع المعاملات وهو تعلق البقاء المقدر بتعاطيه .
وذلك أن المولى جل وعلا خلق الخلق وقدر لبقاء البشر أمدا عليه عنده .
ولا تبقى الحياة بالناس إلى هذا الأمد إلا بشرعية المعاملات التي تضمن بقاء
النوع والفرد والأسرة والمجتمع والجماعات حسب النظام الذي تضمنه به
حياة الناس وحاجاتهم فكان لكل نوع منها أثرا في بقاء البشرية إلى الوقت
المعلوم عنده . والرهن معاملة بين الناس فيه تيسير للحاجة : تعلق بها البقاء
إلى أمده المعلوم للخلق .

تعريفه : الرهن في اللغة : حبس الشيء . بأى سبب كان ، فيشمل أى حبس
لأى شيء . بأى سبب سواء كان على صفته الشرعية . أو غيرها .

وأما معناه في الشرع : فهو جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاءه منه كالديون ، فجعل الشيء محبوسا بمعنى يحصل نتيجة لانعقاد الرهن من طرفه بالإيجاب والقبول ، فبمجرد انعقاد الرهن يحصل حبس العين المرهونة بالحق الذي للدائن المرتهن على الراهن المدين . وللمأخذ الرجوع عنه قبل أن يقبض المرتهن عين الرهن . وهذا معنى جوازه . فإذا قبض المرتهن عين الرهن تم ولزم ، فالضهير في قوله استيفاءه يعود على حق . وفي (منه) على الرهن بمعنى المرهون . فيكون المعنى إن يكون بحق يمكن استيفاء الحق من عين الرهن .

والحاصل أن قبل القبض يتحقق في الرهن معنى الحبس من غير لزوم فيجوز الرجوع عنه . أما بعد القبض فيتم ويلزم فيتحنن ولا يجوز الرجوع عنه .

ويترب على كونه بحق يمكن استيفاءه من الرهن . أنه لا يجوز ارتهان الخمر . وكذلك لا يجوز الرهن بالحد والقصاص . لعدم إمكان الاستيفاء . وقولهم كالديون . إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعينه وفي معنى الدين الأعيان المضمونة بانفسها كما سيأتي :

مشروعية الرهن : وعقد الرهن مشروع والدليل على مشروعيته الكتاب ، السنة ، الإجماع ، والمقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : فرهان مقبوضة - ووجه دلالة الآية على مشروعية الرهن أن رهان جمع رهن كعباد جمع عبد وهو مصدر مقرون بالغاء . وقد وقع في محل الجزاء لقوله تعالى وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا ، والمصدر المقرون بالغاء في محل الجزاء يفيد الأمر . فيصير المعنى فارهنوا . والمأمور به مشروع . ويبان المعنى المراد لهذا الأمر سيأتي - في مسألة الزوم بالقبض .

وأما السنة فبارى أنه ﷺ اشترى طعاما من يهودى ورهنه درعه .
وهو دليل ظاهر على مشروعية الرهن .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على جوازه وشاع ذلك من غير تكثير
من أحد . فكان هذا إجماعا على مشروعيته .

... وأما المدقول : فهو أن الرهن عقد وثيقة للاستيفاء فيكون جائزا قياسا
على عقد الوثيقة لطرف الوجوب وهو الكفالة بل أولى .

وبيان هذا أن الدين له طرفان . طرف الوجوب في الذمة ، لأن الدين
يجب أولا في ذمة المدين ، والطرف الثانى طرف الاستيفاء . لأنه بعد
وجوبه في الذمة يستوفى بأداء المال بعد الوجوب ، وناحية الاستيفاء هي
الأم لأن المقصود هو استيفاء الدين من المدين . والوجوب وسيلة إلى
الاستيفاء . فإذا كان عقد الوثيقة في جانب الوجوب مشروعا بعقد الكفالة
فن باب أولى يكون عقد الوثيقة لطرف الاستيفاء وهو الرهن مشروعا .
يعنى كما جاز عقد الوثيقة في الوجوب الذى يختص بالذمة فكذلك يجوز
عقد الوثيقة بالاستيفاء الذى يختص بالمال . بل هو أولى بالجواز لأن
الوجوب في الذمة وسيلة . واستيفاء المال مقصود . والمقصود أولى
بالجواز من وسيلته .

ركن الرهن : ركنه الإيجاب والقبول ، فينقذ الرهن بالإيجاب وهو
قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما فى معناها . والركن الثانى
القبول وهو قول المرتهن قبلت ، وهذا رأى عامة المشايخ ، ووجههم أن
الرهن عقد . والعقد ينقذ بالإيجاب والقبول . فينقذ الرهن بالإيجاب
والقبول كما مثلنا .

وقال شيخ الإسلام خواهرزاده حكاية عن سائر المشايخ : إن ركن الرهن
الإيجاب بمجرد من غير توقف على القبول . وعلموا ذلك بأن الرهن عقد

تبرع . وكل ما هو كذلك (أي كل عقد تبرع يتم بالتبرع وحده فالرهن يتم بالتبرع . وعبرة المتبرع هي الإيجاب . وهو قول الرأى مثلا رهنتك هذا بدين لك لى على .

أما المقدمة الأولى وهى أن الرهن عقد تبرع فدلها أن الرأى لم يستوجب شيئا له على المرتن فى مقابل ما أثبت للرتن من يد الاستيفاء ولا نفى بالتبرع إلا ذلك . فتقديم عين الرهن من الرأى المدين وإثبات يد الاستيفاء للرتن تبرع من الرأى لأنه غير واجب عليه ولم يستوجب فى مقابلته شىء .

وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع وحده وهو هنا الرأى الذى يصدر منه الإيجاب بقوله للرتن رهنتك الخ ودليله الهبة ، والصدقة . إذ كل من الهبة والصدقة تبرع من الواهب والمتصدق فيتم العقد فيهما بالإيجاب من الواهب والمتصدق .

وقد اعترض على العبارة الأولى بأن الرأى استوجب على المرتن صيرورته مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن . فلم يكن متبرعا وعلى هذا لا ينمق الرهن بالإيجاب فقط .

وقد أجيب عن ذلك بأن الرأى لم يستوجب على المرتن إزاء ثبوت يد الاستفتاء شيئا ابتداء . وصيرورته مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن فى البقاء لافى الإبقاء . فيتم كون الرهن عقد تبرع من جهة الرأى .

والراجع توقف عقد الرهن على الإيجاب والقبول . لأن الرأى غير متبرع من كل وجه ، بل فى عقد الرهن معاوضة من وجه . وهو صهرورة المرتن مستوفيا لدينه عند الهلاك . فقد استوجب الرأى لنفسه بالرهن هذا المعنى فكان فيه معنى المعاوضة فى البقاء . وهذا بخلاف الهبة ، والصدقة فإن كلا منهما عقد تبرع من كل وجه . أما الرهن فهو تبرع بالنظر إلى الابتداء ومعاوضة فى البقاء المعنى السابق .

وما دام الرهن فيه المعاوضة من وجه فينبغي أن لا يتم بالرهن وحده بالإيجاب . بل لابد من قبول المرتن أيضاً حتى يتم اعتبارنا له مستوفياً لدينه حكماً عند هلاك الرهن في يده .

تمام الرهن ولزومه : الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول كما قلنا . ويتحقق بهما حصول معنى العقد ، ويتحقق معنى الحبس . إلا أنه بالإيجاب والقبول جائز غير لازم . فيجوز الرجوع عنه قبل قبض المرتن لعين الرهن .

ولا يتحقق لزومه وتامه إلا بالقبض عندنا . ولهذا قالوا : والقبض شرط لزوم . وهذا معنى عبارة القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض حائزاً وبه يلزم ويتم .

وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد . فحق حصل الإيجاب والقبول انعقد العقد وتم ولزم بنفسه من غير اشتراط القبض . فلا يجوز الرجوع .

استدل مالك على لزوم الرهن بنفس العقد بدليلين :

الدليل الأول : قياسه على البيع بجامع أن كلا منهما عقد يختص بالمال من الجانبين ، والبيع بهذا المعنى يلزم بالعقد فكذلك الرهن .

الدليل الثاني : قياسه على الكفالة بجامع أن كلا منهما عقد وثيقة والكفالة باعتبارها وثيقة تلزم بنفس العقد فكذلك الرهن لأنه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيكون مثلها ويلزم بنفس العقد .

واستدل الحنفية : على أنه لا يلزم إلا بالقبض بما يأتي :

أولاً : بقوله تعالى « فزمان مقبوضه » ووجه الاستدلال أن زمان مصدر مقرون بالفاء وقد وقع في محل الجراء لقوله تعالى « وإن كنتم على سفر » . والمصدر المقرون بالفاء في محل الجراء يراد به الأمر . وذلك

كقوله تعالى ، فمن كان منكم مريضا أو عن سفر فعدة من أيام أخر ، -
وقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة) .

والمعنى في الآيتين فصوصو . وليحرر وعلى هذا يكون المعنى في آية
الرهن والله أعلم فارهنوا . وارهنوا . والأجماع على أن الرهن لا يجب على
المدين كما لا يجب قبوله على الدائن فصرف الأمر من الرهن إلى شرطه
وهو القبض فيصير المعنى وإن كنتم على سفر ورهنتم فاقبضوا ، وهذا كما
صرف الأمر في حديث الربا إلى المائلة للأجماع على أن البيع مباح . وقد
ورد في حديث الربا بلفظ الأمر فانصرف إلى شرط البيع وهو المائلة
المفهومة من قوله (مثلا بمنل) فتكون الآية دالة على الأمر بالقبض في
الرهن وهو يفيد لزوم .

ثانيا : أن الرهن عقد تبرع من جهة الراهن لأنه أثبت يد الاستيفاء
للمرتهن . ولم يستوجب على المرتهن شيئا في مقابلة ذلك ولهذا فإن الراهن
لا يجبر على الرهن فلا بد من إمضاء هذا العقد كما في الوصية وذلك يكون
بالقبض . فيكون القبض لازما فيه :

كيفية القبض : ويكتفى في القبض اللازم في الرهن بالتخيلة وهي رفع
المانع فلو رفع الراهن المانع من وصول يد المرتهن إلى العين المرهونة كان
هذا كافيا في الرهن وهذا في ظاهر الرواية ووجه هذا الرأي أن القبض في
الرهن قبض بحكم عقد مشروع فأشبه المبيع حيث يكتفى في قبضه بالتخيلة
فيحصل هذا الاستدلال قياس الرهن على البيع في جواز القبض بالتخيلة
لأن القبض في كل منهما بحكم عقد مشروع . .

وعن أبي يوسف : أن القبض في المنقول لا يكتفى فيه بالتخيلة . بل
لابد من النقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء
لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري وليس بموجب ابتداء وإنما كان
القبض في الرهن موجبا للضمان لأنه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض

حتى يقتل الضمان منه إلى المرتن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخيلة كما في النصب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون ...

والأول أصح : لأن الرهن وثيقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء ثبت بالتخيلة بأن يحمل الرهن بين المرتن ودينه . فكذلك جهته إذا الحقيقة أقوى من الجهة وما يثبت به الأدنى يثبت به الأقوى .

صفة القبض : ثبت أن القبض في الرهن منصوص عليه كما تقدم والمنصوص عليه معني بشأه كما قالوا في الهبة والاعتناء بشأن القبض يقتضى تحقق القبض الكامل فيه وأن هو يكون الرهن محوزاً مفراً متميزاً . فيجب ذلك . وكونه محوزاً إحترازاً من رهن الثمر على رؤس النخيل بدونه وكونه مفراً إحترازاً عن عكسه . وكونه متميزاً إحترازاً عن الشيوع في الرهن ...

فإن قبضه المرتن على هذا الوجه تم العقد ولزم وإن لم يقبضه فالرهن بالخيارين التسليم وعدمه . كما ذكرنا أن اللزوم أو الجواز بالقبض إذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله أى قبل القبض ...

ضمان الرهن : الرهن مضمون عند الحنفية . فإذا قبضه المرتن على الوجه الذى تقدم دخل في ضمانه . فإذا هلك في يد المرتن سقط الدين بهلاكه إن كانت قيمته مثل الدين ...

وقال الشافعى : هو أمانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين .

دليل الشافعى : وقد استدلل الشافعى بما يأتي :

أولاً : بالسنة . وهى ما روى أنه عليه السلام قال : لا يهلك الرهن قالها ثلاثاً لصاحبه غنمه لم عليه غرمه ، غنمه أى زوائده وعليه غرمه أى هلاكه قال ومعناه لا يضر الرهن مضموناً بالدين ...

ثانيا : بالمعقول : وهو أن الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالتقضى ...

يستدل الحنفية : بالسنة . والاجماع . والمعقول .

أما السنة : فاروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للرهين بعد ما تفق فرس الرهن عنده ذهب حقه وحقه الدين فيكون ذاهبا . وليس المراد به ذهاب حقه في الإسك أو من المطالبة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الأخبار عنه .

والثاني : ليس حقا له ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكرا أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه تفق الفرس عند المرتهن فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم . فقال للرهين ذهب حقه فذكر الحق منكرا ثم أحاده معروفا وفي ذلك يكون الثاني عين الأول .

ومن السنة أيضا قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا غمى الرهن فهو بما فيه ، ومضاه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما ملك . يعني إذا قال الراهن لا أدري كم كانت قيمته والمرتهن كذلك يكون الرهن بما فيه ... » (حكى هذا التأويل عن أبي جعفر)

وأما الاجماع : فقد أجمع الصحابة والتابعون على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان . فروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة . وروى عن بن عمر وابن مسعود أنهما قالاه الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون فالقول بكونه أمانة خرق للاجماع .

— وأما المعقول : فهو أن الثابت للرهين يد الاستيفاء وهو ملك اليد . والحبس لأن الرهن ينبيء عن الحبس الدائم قال تعالى : كل نفس بما كسبت رهينة ، أى محبوسة بما اكتسبت من المعاصي .

... وقال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فسكك له يوم الرذاع فأمس الرهن قد غلقا
والاحكام الشرعية : تنطف على الالفاظ على وفق الانباء .

لأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء . ومعناه أن يكون الرهن موصلا
إلى الاستيفاء . وكونه موصلا إليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن
عن جحود الرهن بخافة جحود المرتهن الرهن . ومعناه أن الحبس يفضى
إلى أداء الحق . لأن الرهن ينشئ أن جحد الدين أن يحسد المرتهن الرهن
لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين . وليكون هاجزا عن
الانتفاع به فيحتاج إلى إيفاء الأقل لتخليص الأكثر أو لضجرة عن
المطالبة . وهذا يدل على اليد والحبس .

وإذا كان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من جهة لأن
الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة . وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك
لاتفاء احتمال التقض فلزم بسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى إلى تكرار
الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا . وهذا بخلاف ما إذا كان الرهن قائما .
لأنه ينقض هذا الاستيفاء للدين بالحبس بالرد على الرهن . فلا يتكرر
الأداء ولا يصح أن يحمل الهلاك كالرد في تقض الاستيفاء بعه أن الهلاك
لم يتمين لتقرير الاستيفاء ألا ترى أن المبيع إذا هلك قبل التسليم فإنه
لا يقرر استيفاء . بل ينقض الاستيفاء به . لا يصح هذا : لأن التقض إنما
يتحقق فيها أمكن رد العين إلى المالك كالثمن في البيع ولا يمكن ذلك في
هلاك الرهن ...

فإن قيل فالاستوفى المرتهن الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا وهو أن
يستوفى ربة لا يدا ...

أجاب المصنف : على ذلك : بقوله . ولا وجه إلى استيفاء الباقي وهو
ملك الربة بدون ما استوفاه من اليد لأنه غير متصور ...

قال صاحب الهداية : والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنته بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الفراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة لا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء .

هذه العبارة : جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان إما لعين الدين أو لبدله لاسيلا إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه ولا إلى الثاني لأن الرهن يدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب أنا نختار الأول لأن قوله ليس من جنس الدين : قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية والأول مسلم ، وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنته بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الفراء إن اشتراه المرتهن لما تقدم في الهبة إن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس . والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها .

مناقشة أدلة الشافعية :

وقد ناقش الحنفية أدلة الشافعية : فقالوا في الدليل المقول وهو أن الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد . فقد أجيب عن هذا الدليل بأن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا علة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فأنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا بالوارد الضمنية ..

فالْحَاصِلُ : - أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتسبا بدينه بآثبات

يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين : استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج
على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه :

منهما : أن الرهن ممنوع من الاسترداد للاعتناع لأنه يفوت . موجه
وهو الاحتباس على الدوام . وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجه وهو
تعبئه للبيع . وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى .

وقد ناقش الحنفية دليل الشافعية الأول :

وهو الحديث بأن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم : لا يطلق الرهن
على ما قالوا الاحتباس الكلي ، والتمكن بأن يصير مملوكا كذا ذكره
الكرخي عن السلف .

أما قوله فله غنمه . وعليه غرمه . فقد نقل عن أبي حنيفة ، وأبي يوسف
عند : أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن أقص من الدين غرم الرهن
ذلك النقص . وإن بيع بفصل عن الدين أخذ الرهن ذلك الفضل . .

ما يصح فيه الرهن :

ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون . وكلمة مضمون للتأكيد لأن كل
دين مضمون . وقيل احتراز بها عن دين سيجب كما لو رهن بالدرك وهو
ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإنما لا يجوز الرهن إلا بدين مضمون لأن
حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء . والاستيفاء يتلوا الوجوب ويشكل على
هذه العبارة : التي تفيد حصر الرهن في الدين أنه يجوز في الأعيان المضمونة
بأنفسها مع أنه لا دين ويمكن أن يقال أن الواجب الأصل فيها هو القيمة
ورد العين مخلص . على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين .

قال صاحب العناية : والحاصل أن الرهن : إما أن يكون بالدين

أو بالعين والاول صحيح بكل حال . والثاني إما أن يكون بعين مضمونة أولا . والثاني غير صحيح كافي الودائع ، والعواري . والمضاربات والشركات والاول . إما أن يكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل إن كان مثليا . أو قيمته إن كان قيميا : أو يكون مضمونا بنبرها وهو المضمون بنبر المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن ولأن الواجب الاصل في الأعيان المضمونة بنفسها هو القيمة صحت الكفالة بها .

والقيمة وإن كانت لا يجب إلا بعد الهلاك : إلا أنها لما يجب نجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر القيمة يوم قبض الغاصب المنصوب من المالك فيكون الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة به هلاكه بخلاف الرديسه فإن الحوالة عليها تبطل بهلاكها لأنه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب .

كيفية ضمان الرهن : الرهن مضمون بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانه في يده لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين . وإن كانت قيمة الرهن أقل سقط من الدين بقدره . ورجع المرتهن بالفضل لأن الاستيفاء بقدر المالية .

وقال زفر : هو مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسة والدين ألف . رجع الراهن على المرتهن بخمسائه .

وقد استدل على ذلك : بحديث على رضي الله عنه قال (يترادان الفضل) في الرهن . يعني إن التراد إنما يكون من الجانين .

واستدل أيضا بأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتباراً بقدر الدين . .

والرأى الأول وهو رأى أئمتنا وهو مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود
رضى الله عنهم .

ولأن يد المرتن يد الاستيفاء . فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى
كما في حقيقة الاستيفاء مثل ما إذا أوفاه أنى درهم فى كبس . وحقه فى ألف
فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانه فكذا هذا .

مناقشة أدلة زفر :

وقد ناقش الأئمة أدلة زفر بما يأتى :

أولا : قالوا فى الحديث المروى عن على رضى الله عنه (يترادان
الفضل) أنه محمول على حالة البيع وذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين
ما روى عن على أيضا وهو (المرتن أمين فى الفضل) فيحمل الأول على
حالة البيع : يعنى إذا باع المرتن الرهن بأذن الراهن برد ما زاد على الدين
من ثمنه إلى الرهن ولو كان الدين زائداً برد الراهن زيادة الدين .

وقالوا فى الدليل المعقول : إن الزيادة مرهونة والزيادة مرهونة به
لكونها ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لانا لو لم نجعل - الزيادة
مرهونة أدى إلى العبوع ولعدم إضكاكها عنه ولا ضرورة فى حق الضمان
لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتن
فإن الرهن باق ولا ضمان على المرتن كما سيحى . . .

حق المرتن فى المطالبة :

(وللمرتن أن يطالب الراهن بدينه ويحسبه به) أما المطالبة فلان حقه
باق عند الراهن . والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة .
وأما الحبس فلا يله جزاء الظلم . فإذا ظهر مظهره عند التناهى يحسبه .

إحضار الرهن : وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا . .

١- ولأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث إنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه .

ليس على المرتهن حمل ومؤنة تسليم الرهن :

وإن طالب الراهن المرتهن بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب : يعني يحضر المرتهن الرهن لتسليمه . لأن الأما كن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يفترط بيان مكان الإيفاء في باب السلم بالاجماع . .

وإن كان له حمل ومؤنة يسعوف دينه ولا يكلف إحضار الرهن لأن هذا نقل والواجب التسليم بمعنى التخلي لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه . يعني أن المرتهن لم يلتزم ذلك . ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الأول . .

ولو سلب الرهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لإطلاق الأمر فلو قيده بالنقد لا يصح أن يبيع نسيئة فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن . لأنه لا قدرة له على الإحضار لأن الرهن قد يبيع بأمر الرهن فلم يبق له قدرة على إحضاره .

وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الرهن فصار كأن الرهن رهنه وهو دين . .

فلا يكلف المرتهن إحضار الرهن لأنه لما باعه باذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهناً براضيهما ابتداءً لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن . إلا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم إليه بل وضعه على يد عدل .

ولو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل لأن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو الماسد فترجع الحقوق إليه وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين . .

من لا يجبر الرهن :

في الصورة السابقة علمنا أن الرهن يجبر على قضاء الدين . ولا يجبر المرتهن على الإحضار بل يجبر على الأداء . بدون إحضار شيء .

بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلة في ثلاث سنين فإن الرهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة . لأن القيمة خلف عن العين فلا بد من إحضار كلها كما لا بد

من إحضار كل عين الرهن فإن قيل لم لا تكون القيمة هنا كالثمن في صورة الأمر بالبيع وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الرهن على القضاء كما كان في صورة أمره للمرتهن بالبيع ..

وقد أجاب المصنف على ذلك بقوله : ما صارت قيمة بفعله حتى تقتل -
إليها الرهن فصار كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فإن الرهن صار ديناً بفعله فكانهما تفاسخا الرهن وجعل الثمن رهناً ابتداءً كما مر . فافترقا .

وضع الرهن عند عدل :

ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن لأنه لم يؤمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده : يقول أودعني فلان ولا أدري لمن هو يجبر الرهن على قضاء الدين لأن إحضاره ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئاً وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو لما قلنا من أنه لم يقبض شيئاً .

الملاك على المرتهن :

ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الرهن بشيء حتى يثبت كونه رهناً لأنه لما جحد الرهن فقد توى (١) المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به ..

(١) التوى يعني الملاك .

المرتن مخير في أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا يمكنه :

ولهذا قال المصنف وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله أن يحبس الرهن حتى يستوفى البقية اعتبارا بحبس المبيع . . .

وجوب الرد على المرتن : فإذا قضاه الدين قبل له سلم الرهن إليه لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده . . .

الفرق بين الهلاك بعد القضاء وبين الهلاك بعد الهبة . أو الإبراء :

إذا هلك الرهن في يد المرتن قبل الرد ، استرد الراهن ما قضاه كما تقدم أما إذا وهب المرتن للراهن أو أبرأه ، ولم يرد عليه حتى هلك من غير أن يمنه إياه فإنه لا ضمان عليه .

الفرق بين الحالتين : إن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس . والاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا إلى وقت القبض فالتضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد : وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء . يجب رده وإنما هو اسقاط : واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو . . .

ولو تفاخرا الرهن فله حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه . . .

ما يطل به الرهن : ويطل الرهن بالرد على الراهن على وجه الفسخ لأنه يبق مضمونا ما بقى القبض والدين . وإنما قلنا على وجه الفسخ : احترازا عما إذا رده على وجه العارية فإنه لا يطل الرهن . . . ١١١

وبقاء الضمان ما بقى القبض والدين لأنه لو رد الرهن سقط الضمان
نفوات القبض وإن كان الدين باقيا وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن
كان القبض باقيا لأن الملة إذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم
أحدهما .

لا يجوز انتفاع المرتهن بالرهن : وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن
لا باستخدام ولا بسكنى - ولا ليس إلا أن يأذن له المالك لأن له حق
الحبس دون الانتفاع وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الرهن : وليس له
أن يؤجر ويبيع لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره
عليه فإن فعل كان متمديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي .

كيفية حفظ المرتهن للرهن : والمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته
وولده ، وعادته الذى فى عياله : قال رضى الله عنه معناه أن يكون الولد
فى عياله أيضا وهذا لأن عينة أمانة فى يده فصار كالوديعة وإن حفظه بغير
من فى عياله أو أودع عن ضمن وهل يضمن الثانى فهو على الخلاف ، وقد بينا
جميع ذلك بدلالته فى الوديعة والعبرة فى العيال للمساكنة لا للنفقة ..

وإذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان النصب بجميع قيمته لأن
الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدي ..

كيفية التعدي : ولو رهن عينا لمجموعة فى خنصره فهو ضامن لأنه متعدي
بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وإنما الاذن بالحفظ والبنى والبسرى فى
ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة ولو جمعه فى بقية الأصابع كان رهنا بما
فيه لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا العليسان أن
لبسه لبسا معتادا ضمن وإن وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين
أو ثلاثة فتقلدهما لم يضمن فى الثلاثة ، وإن لبس خاتما فوق خاتم أن كان
من يتجمل بلبس خاتمين ضمن وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن

ضابط ما يتحمله المرتن - والراهن :

أما المرتن ف عليه أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى ...

أما الراهن : ف عليه نفقة الرهن : والأصل أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لأن المين باقى على ملكه - وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما فى الوديعة . وذلك مثل النفقة فى مأكله - ومشربه وأجرة الراعى فى مناءه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظر ولد الرهن وسقى البستان . وكرى النهر . وتلقيح نجيله . وجذاذه . والقيام بمصالحه . وما كان لحفظه ، أو لردده إلى يد المرتن أو لرد جزء منه فهو على المرتن مثل : أجرة الحافظ لأن الأمساك حقه . والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت . الذى يحفظ الرهن فيه . وهذا فى ظاهر الرواية .

وعن أبى يوسف : أن كراء المساوى على الراهن : بمنزلة النفقة لأنه سعى فى تبقيته . وجعل الأبق على المرتن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده فكانت مؤنة الرد فيلزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء ، وإن كانت قيمة الرهن أكثر ف عليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة فى يده والرد لأعادة اليد . ويده فى الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها : فلهذا يكون على المالك ..

وهذا بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه : فإن كلها تجب على المرتن وأن كان فى قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى السكل ثابت له فأما الجمل (نعم يلزم) : لأجل الضمان فيقدر بقدر

المضمون ومداواة للجراحة والقروح . ومعالجة الأمراض والغذاء من الجنابة تنقسم على المضمون والأمانة . والخراج على الرهن خاصة لأنه من مؤن الملك . والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتن لتعلقه بالعين ولا يطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق :

متى يرجع أحدهما باقائه ما لا يلزمه :

وما آداه أحدهما وما وجب على صاحبه فهو متطوع . وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى يرجع عليه كان صاحبه أمره به لأن ولاية القاضى عامة . وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضى : وقال أبو يوسف أنه يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر والله أعلم .

قال صاحب العناية في بيان هذه العبارة ما يأتي :

(وما آداه أحدهما وما وجب على صاحبه) يعنى من أجره وغيرها (فهو متطوع) لأنه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) .

فإن كان بغير أمر القاضى فكذلك وإن كان بأمره يرجع عليه كان صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضى وقد قيل أنه بمجرد أمر القاضى بالنفقة لا يصير ديناً على الرهن مالم يحمّله ديناً عليه بالتخصيص لأن أمره هنا ليس للالزام فإنه لا يلزمه شيء منها بالإتفاق فيكون الأمر بذلك متردداً بين الإنفاق حسبة وديناً فعند الإطلاق يثبت الأدنى وقوله (وهي فرع مسئلة الحجر) فذهب أبى حنيفة أن القاضى لا يلى على الحاضر وعندهما يلى عليه يعنى عند أبى يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضى على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته وعند أبى حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره

يصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لأن فيها ضرورة .

باب ما يجوز ارتثائه والإرثان به وما لا يجوز

قال الحنفية لا يجوز رهن المعاع سواء كان قابلاً للقسمة أو غير قابل لها .

وقال الشافعية : يجوز رهن المشاع . .

استدل الحنفية على عدم الجواز بدليلين (١) .

الدليل الأول : «بنى على حكم الرهن ، وتقريره أن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء . على ما تناوله المقد لأنه وثيقة . لجانب الاستيفاء : والعقد تشرع لأحكامها . فكل عمل لا يتصور فيه حكم المقد لا يجوز فيه هذا المقد . وثبوت يد الاستيفاء . وهو حكم الرهن . غير متصور في المشاع . ولا يقبله . لأن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين . فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفي ذلك فوات حكم الرهن .

الدليل الثاني : إن لازم حكم الرهن . وهو موجبة . هو الحبس الدائم لأن الرهن لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص . وهو قوله تعالى «فرهان مقبوضة ، أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيناق ليكون الرهن عاجزاً عن الإنتفاع . فيتصارع إلى قضاء الدين لحاجته . أو لضجره . . وكونه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص . أو بالنظر إلى المقصود . يتعلق بالدوام لأنه لو تمكن الرهن من استرداد المهن المرهونة ، ربما جحد الرهن والدين

(١) استدلال الحنفية مبنى على أمرين (الأول مبنى على فوات حكم

الرهن والثاني مبنى على فوات لازم حكم الرهن .

والدين جميعا ، وفي ذلك قوات الإستيثاق ، لأنه لما وجب القبض في شرعية الرهن ابتداء بقوله تعالى : « فَرَّهَانْ مَقْبُوضَةٌ » ، وجب القبض بقاء لأن كل ما يتعلق بالمحل فالإبتداء والبقاء فيه سواء كالحرمة : في النكاح . ومعلوم أن حكم الرهن عند الحنفية . هو ثبوت يد الاستيفاء . وذلك لا يكون إلا بالقبض . والقبض يقضى الدوام فدوام الحبس من لوازم حكم الرهن وهذا يفوت في المشاع لأننا لو جوزناه في المشاع يفوت دوام الحبس لأنه لا بد فيه من المأبأة . فكأنه يقول رهنك يوما دون يوم .

ولاشك في عدم استحقاقه سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه ، ولقوات الدوام في المشاع جميعه تساوى ما يحتمل القسمة منه وما لا يحتملها في عدم الجواز .

الفرق بين الهبة والرهن :

وهذا بخلاف الهبة فإنها تجوز في المشاع الذي لا يحتمل القسمة : لأن المانع في الهبة ، هو تحمل غرامة القسمة ، وهذا إنما يكون فيما يقسم ، وإنما جازت الهبة في المشاع غير القابل للقسمة لأنه يقبل حكم الهبة ، إذا حكم الهبة ثبوت الملك : وهو قبله .

أما الرهن ، فكما قلنا : حكمه ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة .

واستدل الحنفية على جوازه من المشاع بأن المشاع يقبل حكم الرهن عديم ، لأن حكم الرهن عديم هو تبعة البيع ، والمشاع يقبل البيع ، فيجوز فيه الرهن .

الرهن من الشريك :

لا يجوز الرهن من شريكه : لأنه لا يقبل حكم الرهن كما ذكرنا في الدليل الأول في رهن المشاع : ولأنه يفوت فيه دوام الحبس كما تقدم في الوجه الثاني في رهن المشاع لأنه يسكن يوماً بحكم الملك ، ويوماً بحكم الرهن . فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا .

والشيوخ الطاريء بمنع بقاء الرهن في رواية الأصل ، وصورته أن يرهن الجميع ثم يتفاسد في البعض ، أو يأذن الراهن العدل أن يبيع الرهن كيف شاء فيبيع نصفه .

وعن أبي يوسف ، أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة .

وجه الأول . وهو عدم التفرقة بين الشيوخ الطاريء وغيره أن الامتناع لعدم المحلية ، وما يرجع إليه فالإبتداء والبقاء فيه سواء كالأحرمة في باب النكاح ، وهذا بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك ، واعتباره القبض في الابتداء لنق الغرامة ، ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن .

لا يجوز رهن الثمر على رؤوس النخيل دون التحميل ولا زرع الأرض دون الأرض ولا رهن النخيل في الأرض دونها ، لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقه ، فكان ذلك في حكم الشائع ، وعلّة عدم الجواز في الشيوخ متحققة في هذه المسائل : والأصل أن اتصال المرهون بما ليس بمرهون يمنع جواز الرهن لإتفاء القبض في المرهون وحده باختلافه بغيره .

وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للثابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها ، بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للبنى فيصير رهنها جميع الأرض وهي مشغولة بملك الرهن ، ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ، ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعاً تصحيحاً للمقد بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة لإدخاله من غير ذكره .

رهن الدار بدون المتاع :

ويعتبر ما تقدم ما إذا رهن داراً مشغولة بأمتعة الرهن لأنها لما لم تكن تابعة للدار يوجه لم تدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الأمتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل هو فيها أو منها فإنه تدخل الثمار ، فتدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة .

وكذا يدخل الودع والرطوبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة ؛ ويدخل البناء والنرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا .

رهن الدار بما فيها :

ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنه بمجسته وإلا بطل كله لأن الرهن جمل كأنه ما ورد إلا على الباقي .

ما يمنع التسليم في الرهن وما لا يمنع :

ويمنع تسليم المرهون كرهن الراهن أو متاعه في الدار المرهون وكذا متاعه في الوعاء المرهون ، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الخيل عليها ، فلا يتم حتى يلقى الخيل لأنه شاغل لها .

بخلاف ما إذا رهن الخيل دونها حيث يكون رهننا تاما إذا دفعها إليه ، لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا في دار وفي وعاء دون الدار والوعاء ، بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ، ودفع الدابة مع السرج حيث لا يكون رهننا حتى ينزعه منها ، ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمر للأنجيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر .
يعنى قال المشايخ رحمهم الله إذا رهن دابة عليها لجام أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر .

لا يجوز الرهن بالأمانات :

لا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعقارات والمضاربات ومال الشركة لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه :

وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط النفع وهو حق البائع فلا يصح الرهن .

جواز الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها :

أما الأعيان المضمونة بغيرها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المنسوب وبذل الخلع والمهر وبذل الصلح من دم العمد

فإنه يصح الرهن بها لأن الضمان مقرر ، فإنه إن كان قائما وجب تسليمه وإن كان هالكا تجب قيمته فكان رها بما هو مضمون فيصح .

الرهن بالدرك باطل :

الدرك كما تقدم هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئا ويسلمه إلى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رها بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أولا .

الكفالة بالدرك جائزة ، والفرق بين الرهن والكفالة به أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وإضافة التملك إلى زمان في المستقبل لا يجوز .

أما الكفالة فلا لزوم المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المال كما في الصوم والصلاة ، ولهذا تصح الكفالة بما ذب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فملك عنده يملك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلا .

الرهن بالدين الموعود :

الرهن بالدين الموعود جائز بخلاف الرهن بالدرك وصورته كما قال المصنف أن يقول رهنك هذا لتقرضني ألف درهم وملك في يد المرتهن حيث يملك بما سمي من المال بمقابلته لأن الموعود جعل كالوجود باعتبار الحاجة ، يعني أن الموعود من الدين جعل كالوجود للحاجة ، فإن الرجل يحتاج إلى استقراض شيء ، وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتياالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض

الفرق بين الدين الموعود والدرك :

لا يقال يحمل المعلوم في الدرك كالموجود كما هلل الجواز في الدين الموعود للاشتراك في الحاجة ، لا يقال ذلك للفرق بينهما وهو أن المعلوم يحمل موجوداً إذا كان على شرف الوجود ، وفي الدين الموعود الظاهر من حال المسلم إنجاز وعده .

والدرك ليس كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق فإن المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره .

والعلة الثانية في جواز الرهن بالدين الموعود أنه مقبوض بحجة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمن - وعلى هذا يكون مثله في أنه يهلك مضموناً لا أمانة فيكون المرتهن ضامناً لما قبض عن الدين الموعود .

حكم الرهن برأس مال السلم ويشتمل الصرف والمسلم فيه ويصح الرهن بهذه الأشياء : وقال زفر لا يصح الرهن .

دليل زفر :

استدل بأن حكم الرهن هو الاستيفاء ، وأخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فيكون أخذ الرهن استبدالاً . وباب الاستبدال فيها مسدود .

ودليل الجواز أن فيه استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية ، وأما حين الرهن فهو أمانة عنده كما لو كان الرهن عبداً فأت كان كفته على الرهن والأمان من حيث المالية جنس واحد .

فإن قيل لو كان كذلك يصح الاستبدال في رأس المال في الصرف .

والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية في الرهن فالجواب أن هذا غلط لأننا إنما اعتبرنا التجانس من حيث المالية لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تقدير تملك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه إلى تملك العين أيضا . .

حكم الرهن بالمبيع :

الرهن بالمبيع باطل لأنه غير مضمون بنفسه كما تقدم فإن هلك ذهب بغير شيء لأنه لا اعتبار للبطل فبقى قبضا بأنه . . .

أحكام متعلقة برهن ثمن الصرف . ورأس مال السلم . .

وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس المقدّم الصرف ، والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما لتحقيق القبض حكما .

وإن افتراق قبل هلاك الرهن بطلا لقوات القبض حقيقة وحكما : أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأن المرتهن إنما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وإن هلك الرهن بالسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم .

ولو تفاسخ السلم وبالسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس له لأنه بذله أي لأن رأس المال بدل المسلم فيه ، وبذل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب إذا هلك فانه رهن بقيمته .

ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لأنه رهنه وإن كان محبوسا بغيره كما باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقابلا البيع له أن يحبس لأخذ المبيع لأن الثمن بذله .

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء قاسدا

وأدى ثمنه له أن يجبسه ليستوفي الثمن ثم لو ملك المشتري في يد المشتري يهلك بقيعته فكذا هذا .

جملة من المسائل لا يصح فيها الرهن :

أولاً :

١ - رهن الحر وما في معناه :

ولا يجوز رهن الحر والمدير والمكاتب ، وأم الولد لأن حكم الرهن ثبتت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر ، وقيام المانع في الباقيين يعني حق الحرية ، ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته فإذا كانت مقارنة منعتة .

٢ - الرهن بالكفالة بالنفس والقصاص :

ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لمعينين :

أحدهما : أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه فإنه لو هلك لم يجب شيء وهذا أن المعينان جاريان في القصاص في النفس وما دونه .

وأما لو رهن عن بدل الصلح فهما فانه صحيح لأن البديل مضمون بنفسه ...

بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهننا لم يصح لانه غير مضمون فانه إذا هلك ينسخ الصلح فكان كالمبيع .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجنايات

الكلام في الجنايات يشتمل على ما يأتي :

- (١) مناسبة ذكرها بعد الرهن . (٢) محاسنها .
- (٣) سببها . (٤) شرطها . (٥) تعريضها .
- (٦) أنواع القتل الذي تتعلق به الأحكام .

أما المناسبة : ذكر الفقهاء مبحث الجنايات بعد مبحث الرهن لأن الرهن شرع لصيانة الأموال . وأحكام الجنايات لصيانة الأنفس ، ولما كانت الأموال وسيلة لصيانة الأنفس قدم الرهن عليها تقدماً للوسائل على المقاصد .

وأما محاسن أجزئتها فهي محاسن الحدود ، ولا شك أن في شرعية الحدود صيانة للأنفس والأعراض والأموال والدين والعقل ، وقطعاً لنداب الجرائم .

وكذلك سببها أسباب الحدود .

وأما شرطها : فكون المثل حيواناً .

تعريف الجناية : الجناية في اللغة انهم يطلق على ما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من قولنا جنى عليه ثراً . وهو عام .

وقد خص في الاصطلاح : بالفعل المحرم شرعا الذى يحل بالأنفس والأطراف فإن حل الفعل المحرم شرعا بالأنفس سمي قتيلا . وإن حل بالأطراف سمي جرحا وقطعا .

أنواع القتل . القتل الذى تتعلق به الأحكام (١) الشرعية خمسة أنواع (١) العمد (٢) شبه العمد (٣) الخطأ (٤) ما أجرى مجرى الخطأ (٥) القتل بسبب .

وجه الحصر : ووجه انحصار القتل في هذه الأنواع الخمسة كما ذكره صاحب العناية هو أننا استقرينا فوجدنا أن ما تتعلق به الأحكام من أنواع القتل هي هذه الخمسة .

وقال صاحب النهاية في وجه الحصر ما معناه . إن وجه الإنحصار يتلخص في أن القتل إذا صدر عن إنسان فلا يخلو : إما أن يكون حاصلًا بسلاح أو بغير سلاح . فإن كان حاصلًا بسلاح فلا يخلو : إما أن يكون به قصد القتل أم لا فإن كان به قصد القتل فهو عمد وإن لم يكن به قصد القتل فهو الخطأ وإن لم يكن القتل حاصلًا بسلاح فلا يخلو : إما أن يكون معه قصد القاديب والضرب أم لا . فإن كان معه قصد القاديب والضرب فهو شبه العمد . وإن لم يكن معه قصد الضرب والقاديب فلا يخلو : إما أن يكون جاريا مجرى الخطأ أم لا فإن كان جاريا مجرى الخطأ فهو النوع الرابع وإن لم يكن جاريا مجراه فهو القتل بسبب . وفي هذا الانحصار ما يشير إلى فهم كل نوع على حدة . وإليك بيان كل نوع من هذه الأنواع وحكمه تفصيلا :

(١) وإنما قيد بهذا القيد احترازا عن فئلي لا تتعلق به اجزية شرعية كالقتل قصاصا أو في الردة أو قتل الحربى .

أما الأنواع الخمسة المشار إليها فهي التي تتعلق بها الأحكام الشرعية من قصاص ودية وكفارة وحرمان وإلث .

القتل العمد :

وهو ما تمعد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالخمد من الخشب وليطة القصب والمروة المهددة والنار . والمراد بالضمير من قوله (ضرب) أى ضرب المقتول إخراجاً للعمد فيما دون النفس وليطة القصب هى قنبره . والمراد (بالنار) الإلقاء فيها لا الضرب بها . وإنما قيد العمل بالضرب بالسلاح أو ما أجرى مجراه فى تفريق الأجزاء . لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك .

حكم القتل العمد : يتعلق بالقتل العمد حكم أخروى وأحكام دنيوية أما حكمه الآخرى فهو المأثم والدليل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ...) الآية .

ودلالة الآية على ثبوت المأثم ظاهرة لأن العقاب فى جهنم بنص الآية لا يترتب إلا على الإثم .

وهذا الحكم وهو ثبوت المأثم عام فى كل قتل عمد سواء كان المقتول مسلماً أم ذمياً . والآية الكريمة وإن قيدت ذلك بقتل المؤمن بعبارة النص فإن ثبوت المأثم فى قتل الذى يثبت بدلالة النص بناء على ثبوت المساواة فى العصمة بين المسلم والذى نظراً إلى التكليف أو الدار .

وأما السنة : ففها ما قال عليه الصلاة والسلام فى خطبته بمرقات (ألا إن دماءكم ونفوسكم حرمت عليكم كحرمة يومى هذا فى شهرى هذا فى عامى هذا) ومنها أيضاً قوله صلوات الله وسلامه عليه (لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم) .

وأما الإجماع : فقد نصوا على أن إجماع الأمة انعقد على ثبوت الإثم في القتل العمد .

أما الأحكام الدينية فهي حكان :

الحكم الأول : وجوب القود وهو القصاص والدليل على ذلك ما يأتي :

أولا : بالكتاب قوله تعالى : كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر (وهي ظاهرة الدلالة على وجوب القصاص في القتل . إلا أنها لم تقيد ذلك بالعمد . وقد ثبت التقيد بقوله صلى الله عليه وسلم (العمد قود) أى موجه القود ، والحديث مشهور بقلته الأمة بالقبول فيجوز التقيد به .

ثانيا : بالمعقول ، ويتحقق هذا من وجهين :

الوجه الأول : أن الجناية تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر وتقرير هذا أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكل .

الوجه الثاني : أن العقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك وتقرير هذا أن القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية .

عفو الأولياء وصلحهم :

لأولياء المقتول أن يعفوا عن القاتل بتنازلهم عن القصاص . وكذلك لهم أن يصلحوا عليه بالمال لأن الحق لهم فلمهم أن يسقطوه بالعفو أو يأخذوا بدله مالا بالصلح .

تبيين القصاص : قال الحنفية إن القصاص يجب عينا في القتل العمد إلا أن يعفو الأولياء أو يصلحوا كما تقدم .

فإذا صالح الأولياء على مال فلا يصح المدول عن القصاص إلى أخذ المال إلا برضا القاتل ..

وعند الشافعي رحمه الله في أحد القولين عنه مثل ذلك إلا أنه يصح للأولياء أخذ المال دون رضا القاتل واستدل على ذلك بأن أخذ الولي للمال في هذه الحالة فيه إنقاذ للقاتل من الهلاك فيكون المال متعينا لدفع الهلاك عنه ، ففي حالته عدم رضاه يكون سفيهاً ويحجر عليه لئلا يلقى بنفسه في التهلكة . فيؤخذ المال دون رضاه .

وقد أجيب عن قول الشافعي في هذا (بأن المال تميز مدفعا للهلاك .. الخ) بأننا لا نتيقن بعدم قصد الولي القتل بعد أخذ المال لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله بعد ذلك .

الولي مخير عند الشافعي :

الحكم الشرعي المقرر في القتل العمد عند الحنفية هو تبيين القصاص موجبا وحكما له كما تقدم أما الشافعية فعندهم قول آخر وهو أن الحكم الشرعي في هذا أن الولي مخير بين القصاص وبين الدية ولا يتعين أحدهما إلا باختيار الولي . ولكل منهم أدلة على ما ذهب إليه .

فقد استدلت الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى ذكر في الخطأ الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيها هو ضد الخطأ وهو العمد . ولما تمين بالعمد لا يعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأى .

أما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم (العمد قود) ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الألف واللام في قوله العمد قود للجنس إذ لا معهود ينصرف إليه . فبه تصبص على أن حكم جنس العمد ذلك

فن عدل منه إلى غيره زاد على النص .

وأما المعقول : فهو أن المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة لأن الآدمي مالك متبذل والمال مملوك متبذل فأني يتمائلان بخلاف القصاص فإنه يصلح موجبا للمماثل . وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الأحياء زجراً للغير عن وقوعه فيه وجبراً للورثة وعلى ذلك فيتميم القصاص .

ولئن قال قائل : كيف صلح المال موجبا في القتل الخطأ . والفائت فيه مثل الفائت في العمد ؟ قلنا : إن وجوب المال في الخطأ ضرورة صون الدم عن الإهدار فإنه لما لم يكن فيه قصاص مذر الدم لولم يجب المال . والآدمي مكرم لا يجب إهدار دمه . على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس . والعمد ليس في معناه حتى يباحق به .

واستدل الشافعية على ما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول .

أما السنة : فتقول النبي صلى الله عليه وسلم (من قتل له قتيل فأهله بين خيرين إن أحبوا قتلوا . وإن أحبوا أخذوا الدية) والحديث ظاهر في تحجير الولي . وتنصيص الحديث على القتل يدل على أنه في العمد لأنه هو الذي يستحق فيه القتل .

وأما المعقول : فن وجهين :

الوجه الأول : أن حق العمد شرع جابراً ، وفي كل واحد من القصاص والدية نوع جبر فيتخير بينهما .

الوجه الثاني : أن الشرع أوجب القصاص لمخى الانتقام ونشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس

لا يقتضيه ، فكان لمعنى النظر للولى وذلك بتمكته من القصاص وأخذ الدية .

وأجيب عن أدلة الشافعية بما يأتى :

أولاً : أن ما أوردوه من الحديث خبر واحد وخبر الواحد لا يمارض الكتاب والسنة المشهورة .

ثانياً : أن القصاص لمعنى النظر للولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفى الصدور فإنه شرع زاجراً عما كان عليه أهل الجاهلية من إلقاء قبيحة بواحد لا لأنهم كانوا يأخذون أموالاً كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضى به أولياء المقتول . فكان إيجاب المال فى مقابلة القتل العمد تضييع لحكمة القصاص .

وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجوز المصير إلى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فإنه يتعذر الاستيفاء حينئذ ، أو أن يكون عمل القصاص ناقصاً بأن تكون يد قاطع اليد أقل أصبعاً وأمثال ذلك .

الحكم الثانى : ويعلق بالقتل العمد من الأحكام الدنيوية حرمان الميراث لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ميراث لقاتل) .

لا كفارة فى العمد : قال الحنفية لا تجب الكفارة فى القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أم لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمداً .

وقال الشافعى رحمه الله تجب الكفارة فى القتل العمد لأن الحاجة إلى التكفير فى العمد أمس منها إليه فى الخطأ لأنها لستر الذنب والذنب فى العمد أعظم .

واستدل الحنفية بأن العمد كبيرة محزنة وما هو كذلك لا يكون سبياً

لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها معنى العبادة .

ويبان ذلك أن الكفارة عبادة لما فيها من الصوم وفيها معنى العقوبة لما فيها من الزجر . فلزم أن يكون سببها دائرا بين الحظر والإباحة لتضاف العقوبة إلى الحظر والعبادة إلى الإباحة وبهذا يتناسب السبب مع مسيئه فالقتل الخطأ مباح من جهة أنه قصد الرمي إلى صيد أو محارب وعظوم من جهة عدم التثبت في الرمي ، وعلى ذلك فيصح أن تجب فيه الكفارة لمقابلة كل جهة بما يناسبها .

أما العمد فكبيرة محنة ، وليس فيها غير ذلك . وبهذا يتضح عدم صحة قياس العمد على الخطأ لهذا الفرق .

فإن قيل يلحق العمد بالخطأ من باب دلالة النص . فالجواب المنع لعدم المماثلة كما تقدم .

وحديث واثلة (١) بن الأسقع مردود لاحتمال ترتيب استحقاق النار على شبه العمد لا العمد ، وعلى فرض التسليم بأن الاستحقاق في العمد فإن الحديث لا يعارض إشارة قوله تعالى : (ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها) إذ أن الفاء تقضي أن يكون المذكور بعداً كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه .

شبه العمد :

اختلف العلماء في تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله

(١) نص الحديث : أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يمتق الله بكل عضو منها حضوا منه من النار .

شبه العمد هو أن يعتمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالباً كاللحجر والمصا الكبيرين ومدقة القنصار أو لم يكن ، كالمصا الصغيرة .

وقالا (أبو يوسف ومحمد) هو أن يعتمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالباً كالمصا الصغيرة إذا لم يوال في الضربات . فأما إذا والى فيها فقليل شبه عمد عندهما ، وقبل عمد محض .

وقالا : سمي هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه وإلا اسكان عمدا واقتصاره إنما يتصور في استعمال آله لا تقتل بها غالباً كالمصا الصغيرة فإنه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه لا في استعمال آله لا تلبس فإنه لا يقصد باستعمالها إلا القتل .

واستدل أبو حنيفة على ما ذهب إليه في شبه العمد بقوله صلى الله عليه وسلم (ألا إن قتيلاً خطاً العمد قتل السوط والمصا وفيه مائة من الإبل) رواه الثمان بن بشير رضى الله عنه .

وروجه الاستدلال : أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتل السوط والمصا مطلقاً شبه عمد فتخصيصه به بالصغيرة إبطال للإطلاق وهو لا يجوز ولأن المصا الكبيرة والصغيرة تساويان في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالأستعمال على غرة يحصل القتل غالباً . وإذا تساوى . والقتل بالمصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة .

حكمه :

وموجب هذا النوع من القتل عند الفريقين :

(١) الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب .

(٢) الكفارة (١) لشبهه بالخطأ .

(٣) والدية المغلظة على العاقلة وإنما وجبت على العاقلة لأن الأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة . واحترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية . وعن قتل الرالد ولده عمداً أو عن إقرار القاتل بالقتل الخطأ وقد كان قتله عمداً فإن في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله .

وذلك لقضية عمر رضى الله عنه يعنى ما روى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ، والمروى عنه كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه مما لا يعرف بالرأى .

وتجب الدية مغلظة على ما سنبين في الديات .

وقد اختلف العلماء في صفة التغليظ . فالتغليظ كما نقل عن أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ،

وقال محمد والشافعي : أثلاثاً ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطنها أولادها .

وقال ابن مسعود رضى الله عنه بالتغليظ أرباعاً كما ذكرنا :

(١) كفارة شبه العمد . عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى : (فمحريراً) مؤمنة (فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ، ولا يجرى فيه الإطعام حيث أنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف .

القتل الخطأ :

الخطأ على نوعين :

(١) خطأ في القصد وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم .

(٢) خطأ في الفعل وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا .

وجه انحصار الخطأ في هذين النوعين :

إنما انحصر هذا الخطأ في هذين النوعين لأن الرى إلى شيء مثلامقتل على فعل القلب وهو القصد ، وفعل الجارحة وهو الرى . فإن القتل الخطأ بالقصد فهو النوع الأول (فعل القلب) وإن اتصل بالرى فهو النوع الثانى (فعل الجارحة) .

حكمه :

حكم الخطأ بنوعيه : (١) الكفارة .

(٢) الدية على العاقلة ، والدليل على ذلك قوله تعالى : (فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله . . الآية) ونجى الدية على العاقلة في ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله عنه كما أشرنا إلى ذلك في النوع (الثانى شبه العمد)

(٣) ويحرم من الميراث لأن في قتل الخطأ أثم من حيث ترك الميرمة والمبالغة في التبع في حال الرى . ولا أثم في القتل الخطأ بنوعيه . ومعنى هذا أن هذا النوع من القتل لا أثم فيه من حيث هو لقوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتى الخطأ . . الحديث) وإن كان لا يعرى عن الأثم من حيث ترك الميرمة والمبالغة في التبع في حال الرى - الأمر الذى ترتب عليه الجرمان من الميراث كما تقدم آتقا .

ما أجرى مجرى الخطأ :

ومثال هذا النوع من القتل أن ينقلب النائم على رجل فيقتله - وحكمه في الشرع حكم الخطأ من حيث وجوب الكفارة والدية على العاقلة والحرمان من الميراث إذ أن فعل النائم لا يوصف بالعمد ولا بالخطأ ، إلا أننا اعتبرناه كالخطأ في الأحكام لأن المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله .

القتل بسبب :

ومثاله . حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه .

حكمه :

أنه يجب فيه الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعمد فيه فأنزل موقفا دافعا ، وعلى ذلك وجبت الدية ولا كفارة في هذا النوع من القتل كما أنه لا يتعلق به حرمان الميراث .

وقال العاصمي رحمه الله تعالى حكمه كالقتل الخطأ إذ أن الشرع أنزله قاتلا في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان .

واستدل الحنفية على عدم وجوب الكفارة بأن الكفارة يجب بالقتل وهو ممدوم من المتسبب حقيقة لعدم اتصال فعله به وإنما ألحق هذا النوع من القتل بالخطأ في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن المهدر فيبقى في حق غيره على الأصل .

فإن قيل : الحافر في غير ملكه يأتى وما فيه أثم من القتل يصح تطبيق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ .

أجاب صاحب الهداية عن هذا الاعتراض بقوله : انه وإن كان يأتى

بالحفر في غير ملكه إلا أنه لا يَأْتُم بالموت . وتوضيح هذا أن الأثم
الحاصل بالقتل هو الذي يتعلق به حرمان الميراث والأثم هنا أثم الحفر
في غير الملك لا أثم الموت .

ليس فيما دون النفس شبه عمد :

ما يكون شبه عمد في النفس يعتبر عمدا فيما سواها إذا أنه ليس فيما
دون النفس شبه عمد وإنما هو عمد أو خطأ .

لأن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراها . وأما
ما دون النفس فإنه يقصد إتلافه بغير السلاح كما يقصد به الأذى أن فقه
العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة .

ما يوجب القصاص ومالا يوجبه

ما يوجب القصاص :

يجب القصاص بقتل كل شخص عمدا محقون الدم على التأيد . وهذه
ضابطة كلية عند الحنفية ومعناها أن القصاص يجب في كل مقتول يتحقق
فيه هذا المعنى . ومعنى (محقون الدم) عصمته وعدم هدره فيخرج المرتد
وقولنا على التأيد معناها ثبوت عصمة الدم دائما فيخرج المستأمن فإن
العصمة فيه غير مؤبدة لاحتمال العود إلى دار الحرب إذ أن احتمال العود
مزيل للمساواة الواجب تحققها في ثبوت القصاص . وأما وصف الممدية
فقد ثبت كما تقدم بقوله عليه الصلاة والسلام (الممد قود) ولأن الجناية
بوصف الممدية تتكامل وحكمة الجزع عليها تتوفر .

ولا تنقض هذه الضابطة بأن المفومندوب إليه شرطا وهو يتنافى مع
وجوب القصاص . لأن معنى الوجوب ثبوت الحق فلا منافاة .

كما لا تنقض بقتل المسلم ابنه لتحقق المعنى وعدم وجوب القصاص لأن القصاص مستحق بالقتل إلا أنه انقلب مالا بشبهة الأبوة .

ولا يقال أن حقن الدم على التأييد غير متصور . لأن أعلى ما يتصور من شخص أن يكون مسلماً من دار الإسلام . وهو يزول بالارتداد لأن الأصل في المسلم عدم الارتداد . والارتداد أمر عارض فلا معتبر به . كما لا يقال إن قيد التأييد لثبوت المساواة والمستأنن إذا قتل مسلماً وجب القصاص ولا مساواة بينهما ، لأن التفاوت هنا تفاوت إلى نقصان والتفاوت إلى النقصان غير مانع من الاستيفاء بخلاف العكس .

قتل الحر بالعبد :

لا خلاف بين العلماء في قتل الحر بالحر للنص الكريم (الحر بالحر) ولثبوت المساواة بينهما من جميع الوجوه .

أما قتل الحر بالعبد : فقد اختلف فيه الحنفية والشافعية .

فمذهب الحنفية : يقتل الحر بالعبد . ومذهب الشافعية لا يقتل به .

واستدل الحنفية : بالعمومات الواردة في الكتاب الكريم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى) وقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً) وقوله (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) وبالعمومات الواردة في السنة الشريفة من قوله صلى الله عليه وسلم (العمد قود) .

وبالمقول إذ أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي تتحقق بالدين عند الشافعية وبالدار عند الحنفية ، وعلى كلا الرأيين فهما مستويان فهما .

واستدل الشافعية : بقوله تعالى : (الحر بالحر والعبد بالعبد) ، ووجه الاستدلال أن الله قد قابل الحر بالحر والعبد بالعبد ، ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد .

(٢) ولأن مبنى القصاص على المساواة والمساواة منتفیه بين المالك والمملوك . ولهذا لا يقطع طرفي الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يتساويان . وبخلاف قتل العبد بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان وهو غير مانع عن الاستيفاء .

وقدره الحنكية على ما استدل به الشافعية فقالوا :

إن المقابلة لا تدل على عدم قتل الحر بالعبد لأنه تخصيص بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه . فإن الله تعالى قابل الأثني بالأثني في الآية وهذا لا يبنى بالأثني ولا العكس بالإجماع .

وقاعدة التخصيص بالذكر في قوله تعالى : (الحر بالحر والعبد بالعبد) الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك أن ابن عباس رضى الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى إحداهما فضلا على الأخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأثني منا والحر منهم بقتل العبد منا فأزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم .

وأما عدم قطع طرف الحر بطرف العبد فلأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة بالنسبة للجزء الميان فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلل ولا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمدهما في العصمة وقد تساوى فيها على ما أسلفنا .

فإن قيل : جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهي ثابتة لأن الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كإيمان المسلم والمستامن فكذا أثر الكفر وهو الرق يمنع أيضا . أجيب بما قاله المصنف وجريان القصاص

بين العيدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة ، ومعنى هذا أن أثر الكفر وهو الرق لو صلح مانعا لما جرى القصاص بين العيدين كما لا يجرى بين المستأمنين وليس كذلك .

قتل المسلم بالذمي :

اختلف الفقهاء في ثبوت القصاص بين المسلم والذمي يعني إذا قتل مسلم ذميا . فقال الحنفية يقتل المسلم به .

وعند عامة العلماء ومنهم الشافعي رحمه الله لا يقتل المسلم بالذمي .

واستدل الحنفية بالسنة والمعقول :

أما السنة : فاروى عن ابن الحسن عن إبراهيم رحمه الله تعالى أن رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنا أحق من وفي بذمته . والحديث ظاهر في الدلالة على المطلوب .

ولا هجرة بما قيل : إن هذا الحديث مداره على ابن السبائي وقد قال عنه أئمة الحديث أنه لا يقوم به حجة إذا وصل فكيف إذا أرسل ، لأن الطعن بالإرسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول .

وأما المعقول : فلأن المساواة في العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف كما هو عند الشافعي أو الدار كما عندنا . والقصاص يعتمد المساواة وهي متحققة .

واستدل الشافعي : بالسنة والمعقول :

أما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا يقتل مؤمن بكافر) .

أما المعقول : فاستدلوا به من وجهين :

حكم
عقد النكاح بعبرة النساء

بقلم
عبد السميع أحمد إمام
الأستاذ المساعد بكلية الشريعة

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه
أجمعين .



فهذا تلخيص للكلام في حكم عقد النكاح إذا باشرته المرأة بنفسها
أصيلة ، أو وكيلة عن امرأة أخرى ، وقد اقتصرنا فيه على أهم الأقوال ،
وأقوى الأدلة ، وأظهر المناقشات ، وإيسر لي فيه من عمل سوى بعض
زيادات أضفتها توضيحا أو تكميلا مع مراعاة السهولة والتنظيم تيسيرا
على الطلاب .

وأسأل الله الهداية والتوفيق فأقول وهو المستعان :

اتفق العلماء على أن عقد النكاح على المرأة الحرة الرشيدة يعتبر صحيحاً نافذاً إذا رضيت به وبأشهره ولها الشرعى .

ثم اختلفوا فيما إذا باشرته هى بنفسها أو وكلت امرأة غيرها فى مباشرة .

واليك بيان أهم مذاهبهم فى ذلك :

أولاً : أن عقد الزواج باطل لا ينعقد مطلقاً أى سواء كانت بكراً أو ثيباً ، وسواء أذن لها الولى أم لم يأذن ، وسواء كان الزوج كفواً أم غير كفء ، وهذا هو مذهب الجمهور : مالك والشافعى ، وأحمد والزيدية ، والظاهرية ، وأكثر العلماء .

ثانياً : أن عقد الزواج صحيح مطلقاً إلا أن لولى حق الاعتراض عليها فى الزواج بنكر كفء مالم يظهر حملها منه ، وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف (فى ظاهر الرواية) وزفر .

ثالثاً : أن عقد الزواج بعبارتها صحيح موقوف على إجازة الولى مطلقاً فإن أجازته نفذ وإلا بطل ، ولكن للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضى إن كان الزوج كفواً فيجدها العقد عليه قهراً عن ولها ، وهذا هو مذهب محمد بن الحسن من الحنفية .

وأما الشيعة الإمامية فقالوا إن الثيب الرشيدة لا ولاية لأحد عليها ومثلها البكر الرشيدة التى ليس لها أب أو جد فهم فى هذين قد وافقوا أما حنفية .

وأما البكر الرشيدة التي لها أب أو جد فقيل أمرها يدها كاللتي قبلها ،
وإذن فقد وافقوا في هذه أبا حنيفة أيضا - وقيل إن أمرها يد أبيها
أوجدتها فوافقوا في هذه مذهب الجمهور - وقيل إن الأمر مشترك بينها وبين
وليها فعلى هذا القول قد وافقوا في هذه مذهب محمد بن الحسن .

وعلى هذا فنحن في غنى عن الاستدلال على هذه الأقوال كلها استغناء
بما نوردته من أدلة المذاهب المتقدمة .

وأما الأقوال الباقية لهم فيها من التفرقة بين نكاح المتعة والدائم فلم
نستدل عليه لأنه ظاهر الشذوذ وقد تفردوا به .

الأدلة : أولا - أدلة المذهب الأول :

استدل الجمهور على أن النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة مطلقا بالكتاب
والسنة والمعقول .

أما الكتاب فأيات كثيرة منها :

١ - قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامي منكم » ، وقوله تعالى : « ولا تنكحوا
المشركين حتى يؤمنوا » .

ووجه الاستدلال بهما أن الله تعالى وجه الخطاب إلى الأولياء فيهما
فأمرهم في الأولى بأن يزوجوا من لازوج لها ، ونهاهم في الثانية عن تزويج
المسيلة للشرك وإنما يؤمر بالشئ وينهى عنه من هو مكلف به فلم يكن
عقد النكاح بيد الأولياء لما حسن توجيه الخطاب إليهم وإنما يوجه إلى
النساء مباشرة كما في قوله تعالى : « والوالدات يرضعن » ، « والمطلقات
يتربصن » ، وأمثال هذا .

ب - وقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فلهن أجلهن فلا تعضلوهن
أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف » .

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن المعنى إذا طلق الأزواج زوجاتهم فانقضت عدتهن فلا يمتنعن أو لياؤهن عن الرجوع إلى أزواجهن بعقد جديد إذا أحب كل من الزوجين الرجوع إلى صاحبه فقد نهى الله تعالى الأولياء عن عضل النساء أى منعهن من الزواج بأن يمتنعوا عن العقد لمن ، وإنما ينهى عن المنع من يملكه ولا يعتبر مالكاً له إلا من يده العقد . فدل ذلك على أن عقد النكاح بيد الولي لا بيد المرأة وإلا لعقدت لنفسها ولم يكن ثم حاجة إلى نهى الولي عن منعها .

ويؤيد أن معنى الآية ما ذكر أن البخارى وغيره من أئمة الحديث قد رووا فى سبب نزولها أن معقل بن يسار كانت له أخت فزوجها لابن عمه فطلقها طلاقاً رجعية . فلما انقضت عدتها جاء يخطبها خلف معقل ألا يزوجهأ له فزلت فيه الآية فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم وأمره أن يزوجهأ إياه فامتلل وكفر عن يمينه .

فلو كان عقد الزواج بيد المرأة لقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجي نفسك ولم يحنث معقل فى يمينه .

وأما السنة فمنها ما يأتى :

١ - ما رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن أبى موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لانكاح إلا بولي » ، وقد صححه ابن حبان والحاكم ورواه أبو يعلى الموصلى عن جابر بإسناد رجاله ثقات .

ووجه الاستدلال به أن نفي النكاح بدون الولي معناه نفي صحته إذ هو أقرب شئ إلى نفي الحقيقة كما يمكن أن يكون معناه نفي حقيقة النكاح الشرعى إذ أنها تنتفى بانتفاء الصحة فقد دل الحديث على أن الولي لا بد منه فى صحة النكاح ووجود حقيقته الشرعية ويلزم منه أن عقد المرأة باطل لا تنفاه الولي حينئذ .

ويؤيد هذا ما رواه ابن حبان في صحيحه عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل ، حيث صرح فيه بالإعلان عند فقد الولي أو الشاهدين .

ب - ما رواه ابن ماجه ، والدارقطني والبيهقي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها ، .

وهذا صريح أيضا في أنه لا يصح للمرأة أن تتولى عقد النكاح لا بالأصالة عن نفسها ولا بالنيابة عن امرأة أخرى فإن تولته كان باطلا مشابها للزنى في بطلانه وحرمة لأن النهي عن شيء يقتضى فساد به وبطلانه ولا سيما مع التصريح بأنه في عقد النكاح يجعله كالزنا .

وأما المعقول فقالوا : إن النكاح له مقاصد شتى كما أنه رباط بين الأسر والمرأة كثيراً ما تخضع لحكم العاطفة التي قد تغطي وجه المصاحبة فلذلك سلبها الشارع الولاية في عقد النكاح لخطره وجعلها بيد الرجل لتحصل المصلحة على الوجه الأكمل .

ثانيا - أدلة المذهب الثاني :

استدل الحنفية على أن عقد النكاح يصح بعبارة الحرة الرشيدة مطلقا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فنه قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، ، وقوله تعالى : « فلا تمضوا من أن ينكحن أزواجهن ، .

وجه الاستدلال أنه قد جاء التصريح في هاتين الآيتين باسناد النكاح إلى المرأة والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي فدل هذا على

أن عقد النكاح الذى يصدر عن المرأة يعتبر صحيحا قترتب عليه آثاره من غير توقف على إذن الولي أو مباشرته إياه .

وأما السنة فنها :

١ - مارواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها ، وفى رواية أبى داود والنسائى : ليس للولى مع الثيب أمر .

ووجه الاستدلال أن الحديث جعل الحق للثيب فى نفسها ونفى أن يكون لولها أمر فيما يتعلق بنكاحها وهو عام لأنه نكرة فى سياق النفي فيشمل ما يتعلق باختيار الزوج وما يتعلق بمباشرة العقد غير أن البكر نظرا لغلبة الحياء عليها اكتفى منها فى الدلالة على رضاها بالسكوت لأن حيائها قد يمنعها من التصريح . وإذن فالرضا من المرأة لا بد منه سواء أكانت بكرا أم ثيبا . وإذا كان رضاها شرطا فى صحة عقد النكاح فكيف يعقل أن يعتبر الشارع رضا شخص شرطا فى صحة التصرف عنه ثم يحكم بطلان ذلك التصرف إذا باشره الشخص بنفسه . بل المعقول أن يكون حينئذ أولى بالصحة فإذا عقدت المرأة على كفه فقد تحققت مقاصد النكاح وليس للولى حق الاعتراض عليها . وإن عقدت على غير كفه كان للولى حق الاعتراض عليها مراعاة لما قد يلحقه من الضرر . فإن أجاز فقد تنازل عن حقه وصار العقد صحيحا نافذا لأن مدار صحة العقود على تحقق أهلية العاقد وهى تعتمد الحرية والرشد .

ب - مارواه أحمد والنسائى عن أم سلية أن النبى صلى الله عليه وسلم بحث بخطبها فقالت ليس أحد من أوليائى شاهدا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب بكركه ذلك ، .

وجه الاستدلال أن قولها ليس أحد من أوليائي شاهدا يدل على غيبة أولياتها عن عقد زواجها وإذن فقد عقدت لنفسها . ثم إن قوله عليه السلام ليس أحد من أولياتك شاهد ولا غائب يكره ذلك يدل على أن الأولياء لا يحق لهم الاعتراض إلا إذا كرهوا كراهة في عملها شرعا بأن كان الزوج غير كف . فإن كان كفوا لم يعول على إعتراضهم . فقد دل صدر الكلام على أن للمرأة أن تتولى مباشرة عقد الزواج كما دل آخره على أن للولي الاعتراض في غير الكف .

وأما المقول فقالوا - إن عقد الزواج له مقاصد أصلية وأخرى تبعية فالأصلية تختص بالمرأة كاللمعاشرة والنفقة ونحوهما . والتبعية هي ما يخص الأولياء من حسن المصاهرة . والأصل في العقود أن يتولاهما من يختص بمقاصدها الأصلية وأن يكتبني في صاحب التبعية أن يعطى حق الاعتراض على العقد إن لم يكن مظنة لتحقيق فوائده .

ثالثا - أدلة المذهب الثالث :

استدل محمد بن الحسن على ما ذهب إليه من أن العقد صحيح موقوف على إجازة الولي بما يأتي :

١ - بما استدل به غيره من الحنفية على صحة عقد الزواج بمباشرة المرأة له .

ب - ثم خصصها بمראה الخمسة إلا الفساق عن عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل ، الحديث ووجه الاستدلال به أنه يدل على أن نكاح المرأة يكون باطلا إذا كان بغير إذن وليها ومن مقتضى ذلك أنها إذا زوجت نفسها بإذن وليها سواء كان إذنه سابقا على العقد أو لاحقا له صح نكاحها ونقد ولم يتوقف على مباشرة وليها للعقد فينص هذا الحديث عموم أدلة الحنفية .

المناقشة : أولا - مناقشة أدلة المذهب الأول :

١ - فوُش استدلال الجمهور على لزوم الولي في عقد النكاح بالكتاب بما يأتي :

١ - أما قوله تعالى : **وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ** ، وقوله تعالى : **وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا** ، فإن الاستدلال بهما مبنى على أن الخطاب فيهما موجه إلى الأولياء وهذا غير متعين بل يحتمل احتمالا قويا أن يكون الخطاب فيهما لعامة المسلمين فهو من باب التشريع العام في الآية الأولى أمر للمسلمين بالعمل على إعفاف الأيامي بتسهيل طرق الزواج . وفي الآية الثانية نهى للمسلمين عن تزويج المؤمنات للمشركين وإذن فعناهما معا ليسكن من المسلمين إعفاف للأيامي وكف عن تزويج المؤمنات للمشركين فهذا تقرير مبدأ عام في علاقة الزوجية وليس خطابا لأولياء النساء خاصة .

وأجيب عن ذلك بأن هذا المعنى مجازي لا يصار إليه إلا بدليل وحيث لا دليل عليه فالمحل على الحقيقة واجب فوجب أن يكون الخطاب في الآيتين للأولياء لأن الأصل في الخطاب أن يوجه إلى من يحصل منه الفعل لا إلى من يقع الفعل بينهم عالم تقوم قرينة على ذلك - فإن قيل إن القرينة عليه إسناد النكاح إلى النساء في كثير من الآيات : قلنا إن ذلك لا يصلح أن يكون قرينة لأن إسناد النكاح إليهن يحتمل المجاز أيضا احتمالا قويا وليس التأويل في بعض الآيات بأولى منه في البعض الآخر . فوجب البحث عن مرجح من القرآن أو السنة .

٢ - وأما استدلالهم بقوله تعالى : **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلْغْنَ أَجَلَهُنَّ** فلا تعلموهن أن يتكنن أزواجهن ، فإن الاستدلال بهما مبنى كذلك على أن النهي فيهما موجه إلى الأولياء ولكن توجيهه إليهم لا يصح لأن الخطاب في صدر الآية للأزواج فليكن في آخرها إليهم أيضا ويكون نهيا للأزواج

عن عضل مطلقاتهم عن زواج غيرهم . ثلثا يلزم تفكك نظم الآية إذا وزع الخطاب إلى الأزواج مرة في صدرها وإلى الأولياء مرة أخرى في عجزها ولا شك أن المحافظة على نظم القرآن واجب وذلك إنما يكون بجعل الخطاب في آخر الآية موجه إلى من وجه إليه في أولها . وهذا إنما يكون إما بجعل الخطاب للأزواج كما قلنا وإما بجعل الخطاب لعامة المسلمين كما سبق في الدليل الذي قبل هذا .

وأجيب عن ذلك بأن توزيع الخطاب في الآية بتوجيه في صدرها للأزواج وفي آخرها للأولياء لا مانع منه إذا كانت هناك قرينة ولا يلزم منه تفكيك نظم القرآن فقد فهمها على هذا كثير من السلف الذين يحتج بلغتهم ولم يروا فيها خلا أو تفكيكا للنظم . ويؤيد ذلك ما صح من الحديث في سبب نزولها ، وأما جعل الخطاب فيها لعامة المسلمين فهو مجاز لا قرينة عليه فلا يصح بل الواجب حمل الكلام على حقيقة متى أمكن ولا موجب للعدول عنه ولا سيما إذا طابق سبب النزول الذي يجب أن يشمل عموم اللفظ قطعاً .

ب - ونوقش استدلالهم من السنة بما يأتي .

١ - أن حديث ، لا ينكح إلا بولي ، لا يصلح للإستدلال به لأن في روايته عن أبي موسى اضطراباً في الإسناد فقد روى مرة موصولاً ومرة منقطعاً وأخرى مرسلأ فأورثه هذا الاضطراب ضعفاً لا يصلح معه للحجية ولو سلمنا أنه يصلح لكان من قبيل الحديث الحسن وهو لا يقاوم الحديث الصحيح عند التعارض فن الواجب حينئذ الأخذ بالصحيح وهو قوله صلى الله عليه وسلم ، ألق بنفسها من وليها ، وأجيب عن هذا بأن الحديث إذا روى مرة موصولاً وأخرى غير موصول فإن العبرة بوصله متى كان من طريق الثبوت ولهذا صححه ابن حبان والحاكم وقال الترمذي إن

العمل به عند أهل العلم وإذ قد صح الاحتجاج به حتى عند من لا يرى الاحتجاج بالمرسل . هذا فضلا عن أن روايته الثانية عن عائشة قد احتج بها الحنفية في إشتراط الشهادة وهذا إقرار منهم بحجيتها .

وأما تقديم الصحيح من الأحاديث عند التعارض فذلك إذا تعذر الجمع بينها وههنا لا يتعذر حيث يمكن الجمع بينها بحمل حديث « الثيب أحق بنفسها من وليها » على أنها أحق في إختيار الزواج والزواج فلا بد من رضاها ثم عند العقد لا بد من الولي في مباشرته وإلا بطل عملا بحديث « لا نكاح إلا بولي » ولا سيما من رواية عائشة حيث صرح فيها بالاطلاق فلا يمكن تأويله وقد أقر الحنفية بحجيتها كما تقدم .

٢ - وأما حديث أبي هريرة « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها » الحديث فقد قال فيه ابن كثير إنه موقوف على أبي هريرة وإذ فلا يصح الاحتجاج به ثم على فرض أنه مرفوع فالمقصود منه التنفير من تولى المرأة عقد النكاح لأن ذلك يناfi الحياء المطلوب في النساء وليس فيه ما يدل على فساد العقد إذا تولته المرأة .

وأجيب عن ذلك بأن البيهقي قد بين أن الموقوف على أبي هريرة هو قوله فإن الزانية هي التي تزوج نفسها حيث رواه هكذا عن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها » وقال أبو هريرة كنا نعد التي تنكح نفسها هي الزانية . وإذ قد صلح أول الحديث للحجة فضلا عن أن آخره يدل على أن الحكم يطلان عقد الزواج بعبارة المرأة كما هو مقتضى صدر الحديث كان متعارفا بين الصحابة - وأما دعوى أن ذلك من قبيل التنفير لا غير فهي دعوى مجردة عن الدليل فلا تسمع إذ الأصل أن يحمل كلام المشرع على بيان الأحكام وتمييز الحلال من الحرام .

ونوقش المعقول بأن تحصيل مصلحة النكاح لا تقتضي وجوب مباشرة

الولى لمقدمه بل تتحقق بمجرد رضاه به وإذنه لمن شاء من رجل أو امرأة
فى أن يباشره .

وأجيب عن ذلك بأن الشارع اعتبر مباشرة الولى لهذا العقد
بالات شرطاً فى صحته حرصاً على المبالغة فى التفرقة بينه وبين الزنا
وإلزاماً للولى بمحافظته على رباطه المقدس لتلايتنكر فيما بعد له وينكر أنه
كان راضياً به .

ثانياً - مناقشة أدلة المذهب الثانى :

نوقش استدلال الحنفية على صحة عقد النكاح بعبارة النساء مطلقاً
بما يأتى :

أ - أن قولهم إسناد النكاح إلى النساء فى بعض آيات الكتاب الكريم
يدل على صحته بعبارةهن لأن الأصل فى الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي
هذا القول معارض بإسناد الإنكاح إلى الأولياء فى آيات أخرى فوجب
أن يكون الإسناد حقيقياً فى البعض وبجائزاً فى البعض الآخر ولا قائل
بأن إسناد الإنكاح إلى الأولياء مجاز فوجب أن يكون المجاز فى إسناد
النكاح إلى النساء لأنهن محل العقد ويدل على ذلك ما صح من الحديث فى سبب
نزول قوله تعالى : فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ، ولو سلمنا أن المخاطب
فى مثل هذه الآية هو عموم المسلمين وأن الإسناد مجاز كذلك لكان كل من
الآيات يحتمل المجاز فإن لم يوجد مرجح لبعضها سقط الاستدلال بكل منها
ويجب الرجوع إلى السنة .

ب - ونوقش استدلالهم من السنة بما يأتى :

أما حديث الثيب أحق بنفسها من وليها ، فيرد عليه أنه لا يدل على دعواهم لأن
ظاهره يدل على أن المرأة أولى من وليها فى أن تتولى العقد بنفسها لأن ، أحق ،
أفعل تفضيل يقتضى مشاركة الولى لها فى الحق وزيادة عليه فيه فيكون مقتضاه

أن الأفضل مباشرة المرأة العقد عليها ولكنها لا يقولون بهذا بل الأفضل عندهم أن يتولى الولي لها عقد الزواج فوجب أن يكون المعنى أنها أحق بنفسها في اختيار الزوج والزوج لا في تولى العقد كما هو المتبادر من رواية « ليس للولي مع الثيب أمر ، فإنه نفي لتسلط الأولياء واستبدادهم بمن يكتن تحت ولايتهم . وأما قولهم إنه عام فيتناول مباشرة العقد فعلى فرض تسليم عمومه يحجب عنه بأنه قد خص بأحاديث المنع من مباشرة المرأة العقد وقد سبق أنها تصلح للحجة فجاز التخصيص بها .

٢ - وأما حديث أم سلمة فيرد عليه أنه قد روى في آخره قولها لابنها عمر قم يا عمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن صح ذلك وكان ابنها هذا كبيرا فقد وجد بعض أوليائها حيثنذ غير أنها كانت تعتقد أن الابن لا ولاية له على أمه وأما إن كان صغيرا أو لم تصح رواية قولها له فيجب أن تكون الولاية الرسول صلى الله عليه وسلم لما ثبت من قوله عليه السلام « قال سلطان ولي من لا ولي له ، وإذن فلم مباشر العقد عليها وإنما باشره لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم ولايته العامة على المسلمين لقوله تعالى « النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم » .

ج - وأما المعقول . فأقل ما يرد عليه أنه في مقابلة النصوص فلا يقام له وزن .

ثالثا - مناقشة دليل المذهب الثالث :

أما استدلال محمد بن الحسن بحديث عائشة رضي الله عنها « أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها ، الحديث فيرد عليه أنه لا يصح منه الاستدلال به بناء على قواعد الحنفية وهو منهم فإن من قواعدهم أن الراوى إذا عمل بخلاف روايته كانت الحجة في عمله ويسقط الاستدلال بروايته لأن من

شروط العمل بالحديث عديم أن لا يعمل الراوى بخلاف روايته وقد صرح عن السيدة عائشة رضى الله عنها ، وهى رواية هذا الحديث ، أنها زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن بدون إذنه فقال غاضبا أمتلى يفتات عليه فى بناته وإذن فقد عملت عائشة بخلاف روايتها فلا يحتج بهذه الرواية عند الحنفية فسقط استدلال محمد بن الحسن بها لأنه حنفى .

المختار :

بما لا شك فيه أن عقد النكاح ذو شأن كبير وقد أولاه الشرع الحكيم رعاية تليق بخطره . وعناية تناسب قدره فإن عليه عماد بناء الأسرة وترايط أفراد المجتمع وقد حاطه بأمور تخصه ، فأوجب فيه الإشهاد وأمر بإظهاره وإعلان السرور به واستحب الاجتماع له واحتفال الطرفين به بإحضار ذوى الشرف والمروءة وأوجب على من دعى إليه أن يجيب وهذا كله يشمرنا بجرص الشارع على إظهار الفرق بينه وبين الزنا وإبعاد الشبهة عنه بأبلغ الوجوه وآكدها ثم هو قد سلب المرأة حق التساطع على عصمتها فى الدوام والإنهاء ، فلا عجب أن يسلبها حق ابتدائها وإنشائها ويوجب على الولى مباشرة العقد بنفسه تسجيلا لرضاه به والتزامه بالمحافظة على حقوقه وقطعا لخط الرجعة عليه لئلا ينكره ويتنكر له فى المستقبل وهذا ما نراه أحوط للجانب المرأة وأحفظ لكيان عقد النكاح وأحرى أن يكون سببا فى دوامه واستقراره وأجلب للمجة بين الأسر وسائر أفراد المجتمع وأقرب إلى عاسن الأخلاق والله أعلم .

Bibliotheca Alexandrina



0609566